





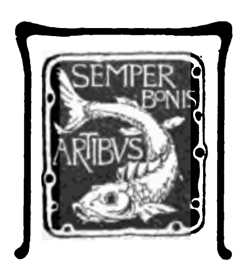
Das

Gewähren des Rechtsschutzes im Römischen Civilprozess.

Von

Dr. Richard Schott

a. o. Professor an der Universität Jena.



Verlag von Gustav Fischer in Jena

1903.

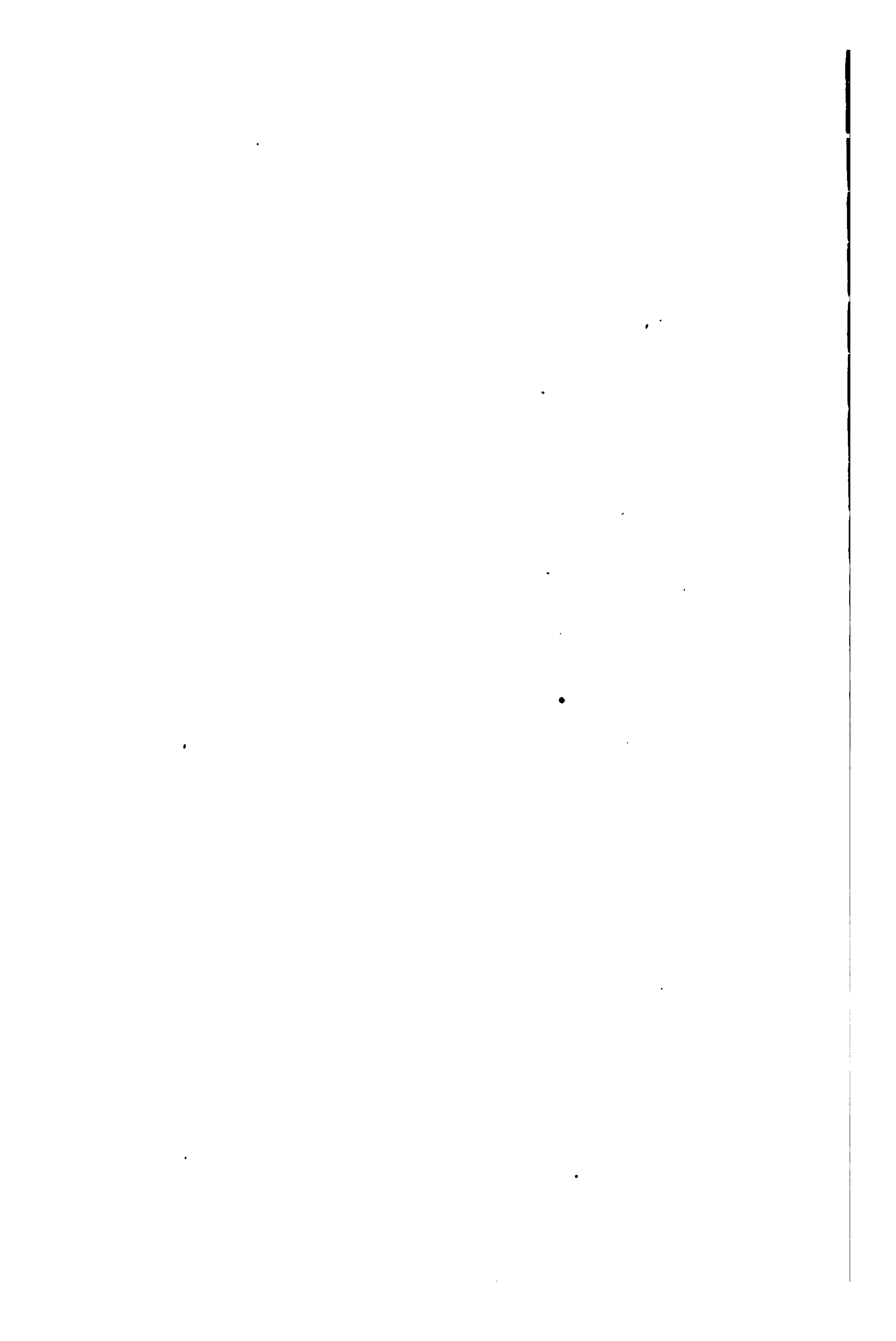
Dem Andenken meines lieben Vaters

Dr. jur. Hermann Schott,

weiland Professor an der Universität Breslau,

geb. den 5. April 1842,

gest. den 25. November 1895.



Die Anregung zu dieser Studie erhielt ich bei meinen Untersuchungen des civilprozessualen Armenrechts und seiner Geschichte[1]). Die Tatsache, dass die Römer in der klassischen Zeit vollständige Unentgeltlichkeit der Gerichtspflege hatten, rief den rechtsvergleichenden Gedanken, wie sie wohl alle die heute beklagten Missbräuche einer solch vollkommenen Freigabe der Rechtspflege praktisch vermieden haben könnten, hervor und die Beschäftigung mit ihm führte zu einer Vertiefung in die Prinzipien, um die es sich bei der Gewährung des Rechtsschutzes handelt.

Hierbei kam ich bald zu der Erkenntnis, wie wahr Wlassaks Wort ist: „Der Civilprozess aber, den die Lehr- und Handbücher vorführen, hat in Rom nie bestanden." Zugleich aber schöpfte ich aus seiner Methode die Ueberzeugung, dass wir vor allem die technische Juristensprache der Römer erkunden müssen und dass uns erst diese Kenntnis den rechten Sinn der Quellen erschliesst. Solche technische Bedeutungen lassen sich aber nicht auf Grund einer immer trügerischen Auswahl von Stellen, sondern nur auf Grund breitester Quellenbenutzung feststellen, wie sie uns jetzt durch das Vocabularium Jurisprudentiae Romanae und dessen Rohmaterial, den handschriftlich in der Königlichen Bibliothek zu Berlin ruhenden Index, ermöglicht werden. Letzteren habe ich für das Wort „denegare" benutzt.

---

1) Meine Habilitationsschrift „Zur Geschichte des Armenrechts", Jena 1899, Verlag von Gustav Fischer, nicht im Buchhandel, aber wieder abgedruckt in: „Das Armenrecht der deutschen Civilprozessordnung. Mit einem Beitrag zur Lehre vom Parteibegriff", Jena, 1900 (O. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Prozess des deutschen Reiches, Bd. IV, Heft 3).

Bei solcher Arbeitsweise lässt es sich nicht vermeiden, dass der Kenner auf viele ihm bekannte Dinge stösst, aber da es nach Wlassak an einen „Neubau des Römischen Civilprozesses vom Grund aus" geht, muss auch manch schon vorhandener Stein nochmals lotrecht und scharfkantig behauen werden, auf dass das neue Werk als festgefügtes dastehe.

Es drängt mich, diese ersten Früchte eingehender Studien in den Quellen des Römischen Rechtes dem Andenken meines lieben Vaters zu widmen. Ein hartes Geschick entriss ihn mir noch vor Abschluss meiner Studienzeit, zu früh als dass ich die reichen Schätze seiner Kenntnisse hätte voll würdigen können. Seine grosse Gabe, in diesen Quellen nicht bloss abstrakte Juristengelehrtheit zu sehen, sondern das dahinter warm pulsierende Leben ihrer Zeit zu erkennen, steht mir als schöne Erinnnerung und als Leitstern stets vor Augen!

Jena, im März 1903.

Dr. Richard Schott.

Inhaltsverzeichnis.

Sinnstörende Druckfehler.

Seite 3, Zeile 3 von oben ist anstatt „Zweifellos nicht" zu lesen: „Nicht zweifellos".
„ 11, „ 8 „ unten „ „ „Parteiverträge" zu lesen: „Parteivorträge."
„ 3, „ 17 „ oben „ „ „war" zu lesen: „wäre".

I. Einleitung.

§ 1.

1. Die Aufgabe.

Von fundamentaler Bedeutung für die theoretische Konstruktion und für das praktische Funktionieren eines jeden Civilprozesses ist die Art, in der das betreffende Recht den Bürger zum Rechtsschutz überhaupt gelangen lässt. Der Staat gewährt den civilprozessualen Rechtsschutz durch seine Organe, die Gerichte. Ihr Tätigwerden gibt dem Bürger den Schutz. Für den Rechtsuchenden ist deshalb die zunächst wichtigste Frage die, auf welche Weise er dieses Tätigwerden herbeiführen kann.

Der römische Formularprozess nimmt bei der Lösung dieser Grundfrage einen ganz anderen Standpunkt ein, wie unsere modernen Prozesse. Die Civilprozessgesetzgebungen ebenso wie das übrige öffentliche Recht unseres letzten Jahrhunderts stehen ersichtlich unter dem Einflusse der Montesquieu'schen Lehre von der Trennung der Gewalten. Die richterliche Gewalt soll in möglichst reiner Form, befreit von allem, was nach Verwaltung aussehen könnte, zur Erscheinung gelangen. Der Code civil sagt z. B. in seinem Art. 5:

> Il est défendu aux juges de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises.

Der Richter soll immer nur urteilen, d. h. unter andrem nur nach voller Kenntnis der Sachlage und mit der dauernden Wirkung der Rechtskraft einen Rechtsstreit entscheiden und ferner — was damit zusammenhängt — er soll, da es sich hier um Civilrechte

handelt, nicht von Amts wegen und schon auf sein einseitiges Vorbringen hin etwa den Kläger zurückweisen, sondern stets dem Angegriffenen es überlassen, den Prozess zu betreiben.

Soweit möglich, führte man diese Prinzipien auch bei dem ersten, die Gerichtstätigkeit in Gang setzenden Akt durch. Wenn man dem Gericht hierbei überhaupt, wie bei uns, eine Prüfung gestattete, so wurde diese lediglich auf die Form der Klage beschränkt. Wird bei uns in Deutschland eine die Formalien erfüllende, insbesondere die „bestimmte Angabe" des Gegenstandes und Grundes des erhobenen Anspruchs (§ 253 C.P.O.) enthaltende Klage eingereicht, so muss der Richter Termin ansetzen. Er hat dabei keinerlei sachliches Prüfungsrecht und kann selbst bei offenbar unsinnigen und aussichtslosen Begehren die Klage nicht a limine abweisen [1]). Es kommt zur Ladung und zum Vortrag der Sache im Termin, und erst dann kann im Wege des Urteils die Zurückweisung erfolgen. Um also dem Bürger die richterliche Gewalt stets frei von allen verwaltungsartigen Einflüssen zu gewähren, haben wir die äusserste Konsequenz gezogen. Der Bürger sucht nicht die Einleitung des Prozesses bei dem Richter nach, sondern sein Machtwort setzt den Richter in Tätigkeit, macht ihn insoweit zum willenlosen Werkzeug des Bürgers. Ob diese Durchführung eines richtigen Prinzipes in seine äussersten Konsequenzen nötig war und zu billigen ist, steht hier nicht in Frage. Hier haben wir nur diesen Rechtszustand klar festzustellen, um erkennen zu können, worin sich das römische Recht von ihm unterscheidet. Der Rechtsschutz liegt in der prozessordnungsmässigen Tätigkeit des Richters, und der Richter kann bei uns dem Bürger, wenn dieser nur die Formalien erfüllt, den Rechtsschutz niemals weder aus einem sachlichen noch aus einem rechtlichen Grunde verweigern.

Für den römischen Formularprozess mit seiner Zweiteilung in ius und iudicium erhebt sich die Frage, in welchem dieser

1) Ein solches sachliches Vorprüfungsrecht kommt bei uns nur vor bei Bewilligung des Armenrechtes für einen anzustellenden Prozess und auch hier nur in negativer Weise. Es wird nicht geprüft, ob die Sache des Armen Aussicht auf Erfolg bietet, sondern das Armenrecht wird nur verweigert, wenn es klar ist, dass er den Prozess nicht gewinnen kann (§ 114 C.P.O.). Die Prüfung hat der Richter der Hauptsache. In Frankreich muss eine gewisse Aussicht auf Erfolg vorhanden sein. Die Prüfung hat nicht der Richter, sondern eine besondere Behörde. In Oesterreich besteht keine sachliche Vorprüfung (§ 63 C.P.O.). Vgl. Schott, Armenrecht, § 6, § 15.

Teile das Gewähren des Rechtsschutzes liegt. Einen Bescheid erhält der Rechtsuchende vom Prätor immer, auch wenn es zu keinem Verfahren in iudicio kommt, auch wenn der Kläger mit seinem Antrage auf Gewähren einer Actio, auf Konstituierung des iudicium, auf iudicis datio abgewiesen wird. Birgt etwa schon dieser Bescheid, der doch immer von einem staatlichen Organe ergeht, das Gewähren des prozessualen Rechtsschutzes[2])? Zweifellos nicht, wenigstens nicht in unserem Sinne. Denn nach unseren Begriffen gehört zum Institute des Rechtsschutzes die prozessordnungsmässige Tätigkeit, d. h. die Gewährung der Tätigkeit des zuständigen Staatsorganes, des Gerichtes, das ferner in den vorgeschriebenen Formen unser Begehren prüft und darüber durch das Urteil mit seinen besonderen Wirkungen, insbesondere mit Rechtskraft entscheidet. Im römischen Recht war es nicht anders. Auch dort gab es ein ordentliches Gericht, iudicium legitimum oder ordo iudiciorum privatorum, und ein Urteil, sententia. Also war auf dem Gebiet des Legisaktionen- und Formularverfahrens das abweisende Dekret des Prätors nicht eine Gewährung des Rechtsschutzes oder, wenn man ganz genau sein will, des ordentlichen Rechtsschutzes. Der Prätor war hier nicht der ordentliche Richter und sein Ausspruch hatte nicht dieselbe Wirkung wie das Urteil des iudex. Oder umgekehrt: nur dann ist das Dekret des Prätors ein Gewähren des Rechtsschutzes, wenn der Prätor stets — was man ja behauptet hat, wie wir sehen werden — die Wahl zwischen ordo iudiciorum privatorum und extraordinaria cognitio hatte und somit stets selbst „urteilen" konnte.

Die Frage, ob und wann der Prätor einem Bürger den Rechtsschutz verweigern durfte, steht in einem teils äusseren, teils inneren Zusammenhange mit einer ganzen Reihe anderer Fragen, die der Klarheit wegen hier aufgerollt werden müssen, wenn es auch nicht Zweck dieser Abhandlung sein kann, ihre Lösung zu versuchen. Vor allem sind hier die legislative (der kurze Ausdruck sei gestattet!), und die prozessuale, jurisdiktionelle Tätigkeit des Prätors zunächst einmal zu trennen. Denn gerade weil sie in einem engen Zusammenhang stehen,

2) Es sei darauf hingewiesen, dass es sich hier natürlich immer nur um den civilprozessualen, d. h. den zur Erledigung von Civilrechtsstreiten besonders vom Staat bestimmten Rechtsschutz handelt. Ausser diesem gibt es selbstverständlich noch manch andere Art staatlichen Rechtsschutzes.

ist ihre Vermengung so leicht und auch so gefährlich für ein richtiges Verständnis.

Hinsichtlich der legislativen Tätigkeit wissen wir nicht sicher, ob dem Prätor das ius edicendi auf dem Civilrechtsgebiet historisch von Anfang an als ein Ausfluss seines Imperiums zustand[3]) oder ob es ihm erst später, wie die herrschende Meinung[4]) will, durch die lex Aebutia verliehen wurde.

Ferner ist das Verhältnis seines Ediktes zum ius civile nicht klar. Er konnte zweifellos kein ius facere, kein ius civile schaffen, sondern die Wirkung seines Ediktes war zeitlich und örtlich an seine Amtsgewalt gebunden und erlosch also mit ihr. Es ist nun leicht verständlich, dass er auf dem Wege des Edikts dort, wo das Civilrecht nichts oder nichts Ausweichendes bestimmt hatte, supplendi et adiuvandi causa neue Rechtssätze aufstellen konnte. Nicht ohne weiteres ergibt sich aber daraus die Macht, bestehendes Civilrecht corrigendi causa für seine Amtszeit aufzuheben und anderes an dessen Stelle zu setzen[5]). Auch aus dem ihm zustehenden Imperium allein erklärt sich diese Macht nicht. Denn er musste bei Amtsantritt die Innehaltung der Gesetze beschwören[6]). Es würde sich also zunächst fragen, ob dieser Schwur der Ausdruck einer sachlichen Beschränkung seines Imperiums derart gewesen sei, dass Aenderungen des ius civile ungültig und für die Bürger nicht rechtsverbindlich gewesen wären, wenn es auch dem Prätor infolge seines Imperiums möglich gewesen wäre, sie mit Gewalt anzuwenden, falls etwa ein Bürger unter Berufung auf die Ungültigkeit ein Einlassen in den Prozess, iudicium accipere, verweigerte. Die Konsequenz

---

3) Dafür Jörs, R. R.-Wissensch. (1888), I, S. 179. Wlassak, Prozessgesetze, I (1888), 161 f., II (1891), 347 fg., Cognitur, S. 59. Vgl. Esmein, Nouv. revue hist. de droit 17 (1893), p. 166 s. Bekker, Ueberschau Z. f. R. G. 28 (1894) VI.

4) Seit Huschke, Incerti auctoris magistratuum etc. expositiones (1829), p. 60 ss.; vor allem Puchta, Institutionen I, § 80—82; Jhering, Geist II, § 47 c., (3. Aufl., S. 650); Puntschart, Grundgesetzliches Civilrecht, insb. S. 93, 116 ff. bis auf Girard, La date de la loi Aebutia, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 27, (1893), S. 13 ff., Histoire de l'organisation judiciaire des Romains I (1901), p. 68 ss., 79, 173, 186, 194, 196, Manuel de droit Romain (3. éd., 1901), p. 37 ss., 983, 987 s.

5) Um diese Schwierigkeit kommt man auch nicht mit der Mommsenschen Unterscheidung zwischen gesetzesausführender und freischaffender Tätigkeit des Prätors hinweg. Vgl. z. B. Mommsen, Staatsrecht, I, 3. Aufl., S. 634, A. 3.

6) Es ändert also auch nichts, wenn das imperium älter wie die lex ist. Wlassak, Cognitur, S. 59.

wäre dann einmal gewesen, dass der Bürger gegen den Prätor nach Ablauf des Amtsjahres eine Anklage wegen Eidesverletzung und Kompetenzüberschreitung hätte erheben und gegen ihn eine Schadensersatzklage hätte anstrengen können. Ferner hätte er vermutlich von seinem Gegner, da res iudicata nicht vorlag, das Geleistete zurückfordern können. Dabei wäre zu beachten, dass, wenn auch der kleine Mann sich vor Anstellung derartiger Prozesse gefürchtet haben mag, doch auch Höherstehende von solchen Prozessen betroffen werden mussten und dass diese sich bei dem ausgeprägten Rechtssinn der Römer sicher nicht vor einem solchen Vorgehen gescheut hätten. Auch der folgende Prätor hätte durch Uebernahme des Ediktes seines Vorgängers nur die Rückforderung von dem Gegner ausschliessen, nicht aber den Vorgänger vor der Klage und Ersatzforderung schützen können.

Gerade wegen der unausbleiblichen schlimmen persönlichen Folgen — ganz abgesehen von der Unmoralität und Unvernunft, die in einem solchen Entwickelungsgang zu Tage treten würde — kann man nicht annehmen, dass die späteren Sätze des Civilrechtes aufgehoben hätten, wenn ihnen das nicht in der einen oder anderen Weise gestattet gewesen wäre. Sie müssen also das Recht dazu entweder von vornherein gehabt haben oder es muss ihnen später besonders verliehen worden sein, so dass sie sich durch seine Anwendung keiner Eidesverletzung schuldig machten [7].

Damit ist aber die Frage noch nicht erledigt. Es wäre weiter zu untersuchen, auf welche Weise sie die Aufhebung des ius civile bewerkstelligten. Durften sie in ihrem Edikt wörtlich verkünden, dass der und der Satz der Zwölftafeln aufgehoben sei? Man wird geneigt sein, das zu verneinen [8]) und eine solche Fähigkeit nur einer lex, kaum auch einem Senatuskonsult zuschreiben. Die Prätoren werden vielmehr anders verfahren sein und ein das ius civile sachlich aufhebendes Edikt neben das ius civile gestellt haben. Wieso konnten sie dann aber das formell immerhin noch geltende ius civile beiseite setzen und ihr Recht anwenden? Man wird hier auf ihre prozessuale Tätigkeit verweisen und auf das ohne weiteres plausibel erscheinende, rein

---

7) Vgl. Wlassak, Edikt, S. 119.
8) Vgl. Wlassak, Prozessgesetze I, S. 62.

prozessuale Recht, den Rechtsschutz beliebig zu verweigern. Es ist zuzugeben, dass der Prätor, wenn es somit das Delikt der Justizverweigerung in diesem Sinne nicht gab, dadurch in den Stand gesetzt war, dem Kläger gegenüber die Aufhebung des ius civile durchzuführen. Es muss aber betont werden, dass dem Beklagten gegenüber das Denegationsrecht allein nichts nützte. Denn dieser hätte trotzdem die Einlassung verweigern können und der Prätor wäre ihm gegenüber insofern machtlos gewesen, als die Ausübung eines Zwanges dem Prätor später eine Anklage zugezogen hätte. Es muss also doch noch ausser dem rein prozessualen Denegationsrecht dem Prätor ein weiteres staatsrechtliches Recht zur Abänderung des ius civile zugestanden haben, auf Grund dessen er ein „iudicium accipere cogam" sprechen konnte.

Ferner ist die Frage noch nicht genügend geklärt, wann der Prätor eine Aufhebung edizieren durfte. Konnte er solche Edikte, ebenso wie die supplendi und adiuvandi causa, nur zu Anfang oder auch während seines Amtes verkünden und bestimmte etwa die lex Cornelia[9]) von 687, dass nur ersteres statthaft sein sollte? Und — wobei es einerlei ist, wie die vorige Frage entschieden wird — konnte er auch erst bei einem einzelnen konkreten Fall, also durch sein Dekret, das ius civile für Kläger und Beklagten aufheben? Oder konnte er das nur dann, wenn er ein darüber lautendes Edikt, sei es bei Beginn des Amtes, sei es später, bereits proponiert hatte, so dass er in dieser Weise ex edicto suo (auch adiuvandi und supplendi causa) zu judizieren gewungen war und dass dies der Sinn der lex Cornelia ist?

Die schiefe Aufstellung dieser Fragen brachte bekanntlich Heineccius und seine Vorgänger dazu, die Prätoren als die grössten Betrüger, die es jemals gegeben habe, zu bezeichnen. Auch in der Folgezeit setzte man sich über diese Probleme zu leicht hinweg, vor allem, weil man den gewaltigen Unterschied zwischen Edikten corrigendi causa und solchen supplendi vel adiuvandi causa nicht genug würdigte. Erst die neuere Wissenschaft begann, diesen Fragen näherzutreten.

9) Von der Wlassak, Edikt, S. 68 so richtig sagte, dass die mancherlei Bedenken, zu denen sie Anlass gibt, bisher niemandes Gewissen beschwert haben. Seit der Zeit ist es etwas besser geworden.

Im engsten Zusammenhang mit diesen legislativen Befugnissen des Prätors stehen, wie schon die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, seine jurisdiktionellen Rechte und Pflichten. Hinsichtlich der Rechte ist die Frage nur die, ob er auch selbst urteilen oder nur iudicare iubere durfte. Die Entscheidung in letzterem Sinne dürfte heute nicht mehr zweifelhaft sein. Dagegen noch zu lösen ist die Frage, ob und inwieweit er zum Judizieren verpflichtet war. Das Hauptproblem ist hierbei, ob der Prätor dem ihn angehenden Bürger die verlangte Actio oder wenigstens eine andere geben musste oder ob er ihm den ordentlichen Rechtsschutz durch Denegierung ganz versagen durfte. Weiter ergeben sich auch hier eine ganze Reihe von Spezialfragen, ähnlich den bei der legislativen Tätigkeit des Prätors gestellten.

War das Denegationsrecht ein Teil seines Imperiums und hatte er es von Anfang an beschränkt oder unbeschränkt oder wurde es ihm erst später allgemein, etwa durch die lex Aebutia verliehen? Oder hatte er es nur, wenn ihn Gesetze oder Senatuskonsulte durch Formeln, wie „ne actio esto, ne petitio, ne actio detur“ dazu ermächtigten? Oder musste er wenigstens in seinem Edikt bereits das „actionem non dabo, iudicium non dabo oder causa cognita dabo“ und Aehnliches ausgesprochen haben? Durfte er das Edikt während der Amtszeit in dieser Hinsicht ändern? Konnte er auch ohne entsprechendes Edikt in einem einzelnen konkreten Falle den Rechtsschutz verweigern oder verbot dies die lex Cornelia mit ihrem „ex edictis suis perpetuis ius dicere“? Bestand hierbei ein Unterschied zwischen iudicium legitimum und imperio continens oder zwischen civilen und prätorischen Klagen? Konnte er letztere trotz ihrer Verheissung verweigern oder ist es dies, was die lex Cornelia verbot? Konnte er bloss aus tatsächlichen Gründen, also weil ihm der Anspruch nicht genügend nachgewiesen war, die Actio versagen oder durfte er es auch aus rechtlichen Gründen, insbesondere wenn ihm die Konsequenzen eines Rechtssatzes in dem konkreten Falle zu hart erschienen?

Nach Lösung dieser Fragen erst könnte man auf den engeren Zusammenhang der jurisdiktionellen und der legislativen Tätigkeit des Prätors eingehen. Bedurfte nicht der Prätor — selbst wenn er corrigendi causa neben das ius civile ein Edikt setzen konnte — des Denegationsrechtes, um das Verlangen des

Klägers auf Gewähren einer formell bestehenden civilen Actio abzuschneiden? Denn das Streichen einer solchen civilen Actio aus dem Album war doch nur in den seltensten Fällen möglich, da die civilen Klagen eine zu generelle Fassung und ein zu weites Anwendungsgebiet hatten. Man stelle sich nur die Möglichkeit einer Streichung der rei vindicatio vor. Welche Rolle spielte aber in dieser Entwickelung die Exceptio? Ist sie — man denke z. B. an die exceptio rei venditae et traditae — wenigstens in der älteren Zeit das einzige prozessuale dem Prätor corrigendi causa gegebene Mittel? Durfte er also prozessual den begehrten civilen Rechtsschutz nicht verweigern, aber konnte er ihn durch eine seiner materiell-rechtlichen Neuschaffungen auf diese Weise lahmlegen[10]? Oder stand ihm schon bei Entstehung der Exceptio und vielleicht schon früher das prozessuale Denegationsrecht zu? Welchen Zweck hatte dann das Proponieren der ganzen Formel mit der Exceptio? Sollte es nur allgemein kundmachen, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen er denegieren werde, um dadurch die Bürger zu bewegen, ihn nicht erst mit einem Antrag auf Rechtsschutz zu behelligen? Konnte er das nicht auch durch das Edikt allein erreichen?

Es ist, wie bereits gesagt, nicht Zweck dieser Arbeit, auf alle diese vielen Fragen einzugehen und die Lösung aller auf Grund der Quellen zu versuchen. Zunächst habe ich mir vielmehr nur die Aufgabe gestellt, in seiner reinsten prozessualen Form und Bedeutung das Gewähren und Versagen des Rechtsschutzes im römischen Formularverfahren zu untersuchen. Seitenblicke oder Anwendung des Gefundenen auf einzelne dieser Fragen ergeben sich damit von selbst. Auch ein ex professo-Berücksichtigen des Legisaktionen- und Kognitionsprozesses war nicht angängig. Bei ersterem sind wir leider infolge des geringen Quellenmaterials zu sehr auf Vermutungen und Hypothesen angewiesen. Auch der letztere muss zur Zeit noch unberücksichtigt bleiben, weil die Durcharbeitung des dazu nötigen, bis in die Zeit nach Justinian reichenden Materials nicht ausführbar war.

Diese Untersuchung geht von der Negation, dem Verweigern des Rechtsschutzes aus. Denn nach Ansicht des Verfassers ist

---

10) Vgl. etwa Cicero, de invent. II, c. 19, § 57, praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones.

so mancher Schriftsteller in dieser Frage gerade deshalb gescheitert, weil er die Position, das Gewähren des Rechtsschutzes zum Ausgangspunkt wählte. Das musste bei dem hierfür unübersehbaren Quellenstoffe notwendig zu einem Rechnen mit Begriffen führen, bei dem wenn dann die Quellenprobe zum Fazit nicht stimmen wollte, es leicht zu einer Vergewaltigung der Quellen kam. Soll das vermieden werden und wollen wir ein untrügliches Bild der Wirklichkeit des römischen Prozessgetriebes erlangen, so müssen wir die Denegation studieren, denn deren Quellen sind übersehbar. Ist ihre Bedeutung erst einmal erkannt, so haben wir auch einen fest gegründeten Prüfstein, an dem sich der Vollwert der anderweit errungenen Begriffe erproben lässt.

§ 2.

2. Die Denegatio in der bisherigen Literatur.

In der Literatur[1]), von der nur die Zeit nach dem Auffinden des Gaius in Betracht kommt, ist die Denegationsfrage speziell noch nicht behandelt worden. Deshalb findet sich in ihrer Beurteilung, sogar bei denselben Schriftstellern, so viel Unsicherheit und Schwanken, das die Wiedergabe der Meinungen sehr erschwert. Besonders hemmend für die richtige Erkenntnis war es lange Zeit, dass man überall, wo man die denegatio fand, das Vorliegen des Kognitionsprozesses oder einer Art desselben annahm und sie damit als einen Gegensatz zum ordo iudiciorum privatorum betrachtete. Die Tatsache, dass der Prätor oft denegiert habe, ist nie übersehen worden. Aber daraus zog man die Konsequenz, dass er stets hätte auch selber erkennen können. Vor diesen der ordo iudiciorum privatorum aufhebenden Folge schreckte man dann wieder zurück und suchte nun, falls man die Frage nicht überhaupt im Dunkeln liess, das Denegationsrecht in mehr oder minder willkürlicher Weise zu beschränken. Diesen Gedankengang wird man bei den meisten in Frage kommenden Schriftstellern wiederfinden. Besonders deutlich zeigt er sich bei Helmolt[2]) und Kleinschrod[3]).

---

1) Die Literatur über die Stellung des Prätors im Legisaktionenprozess wird im folgenden nicht wiedergegeben.

2) Helmolt, Verhältnis der Exzeptionen zur Beweislast, 1852, S. 69, 70, 78.

3) Kleinschrod, Prozessualische Konsumtion, 1875, S. 24, 27, 83—86.

Am weitesten gehen in der Zurechnung der denegatio zum Kognitionsprozess Savigny[4]) (1841) und Helmolt[5]) (1852) und später Pernice[6]) (1864). Sie behandeln die denegatio actionis wie die Abweisung des Klägers, und die denegatio exceptionis wie die Verurteilung des Beklagten im Kognitionsprozess, während Albrecht[7]) (1835) beides und besonders letzteres abgelehnt hatte, wie es auch Windscheid[8]) (1856) ablehnte.

Heffter[9]) zwar, der mit seinen „Institutionen des Civilprozesses" (1825) der erste für uns in Betracht kommende Schriftsteller ist, hatte diesen Fehler vermieden. Er zählt eine ganze Reihe einzelner Denegationsfälle her, bemerkt, dass es „der Diskretion des Prätors" anheimgegeben war, eine Klage, ohne sie an den Richter gelangen zu lassen, zu denegieren, und betont auch, dass daraus „erhellet, von welchem Umfang und von welcher Wichtigkeit die Verhandlungen in iure waren". Er glaubt vor dem Irrtum, dass in jedem Falle schon eine ausführlichere Verhandlung vor dem Prätor stattgefunden habe, warnen zu müssen. Aber er beschränkt die causa cognitio und damit die denegatio doch auf die Fälle, dass entweder der Prätor sich im Edikt die cognitio vorbehalten habe oder es zu seinem officium gehöre, für die formelle Rechtsbeständigkeit des iudicium zu sorgen — man denke an die Prozessvoraussetzungen — oder dass der Kläger die Einlassung verweigere. Das ist nicht richtig, und Heffter[10]) selber müssen schon hierüber Bedenken entstanden sein, denn in seinem „System des Civilprozessrechtes" (1843), einer Umarbeitung des ersteren Werkes, lässt er diese Beschränkung fort, ohne weiter auf die Sache einzugehen. — Zimmern[11]) geht kurz über die denegatio hinweg. — Sintenis[12])

4) Savigny, System, V, 163, VI, S. 286, 287.

5) Helmolt, a. a. O.

6) Pernice, de ratione, quae inter praetorem et iudicem intercedit, observatiuncula, 1864, fortlaufend, insb. S. 6, 10, 14, 15, und Kritische Vierteljahrsschrift, V, 1863, S. 414, 415.

7) Albrecht, Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses, 1835, S. 17, 18.

8) Windscheid, Actio, S. 46, Anm. 3.

9) Heffter, Institutionen, S. 278 f.

10) Heffter, System, S. 354 f.

11) Zimmern, Geschichte III, § 113, S. 345.

12) Sintenis, Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses nach Lindes Lehrbuch I. (einziger) Bd., Giessen 1840, S. 139 ff., insb. S. 392.

(1840) beschäftigte sich mit dieser Frage nicht. Jedoch ist er in anderer Weise von Einfluss gewesen. Denn er trennte zuerst die denegatio in eine solche, die erfolgt, weil die Klage an sich schon aus rechtlichen Gründen unzulässig sei, und eine solche, die trotz Zulässigkeit der Klage an sich erfolgt, weil eine Exceptio sofort, durch Geständnis, klar sei. Was er aber alles in der ersten Gruppe vereinigt, zeigt nur, dass sich Tatsachenwürdigung und Rechtserwägungen nicht scheiden lassen. — Puchta[13]) (1841) folgt anscheinend Sintenis unter Aufzählung einiger Denegationsfälle. — Die Hefftersche Aufstellung der einzelnen Fälle verbessert Helmolt (1852) und diese Zusammenstellung kehrt später bei Rudorff[14]) (1859) und Bethmann-Hollweg[15]) (1865) wieder[16]), ohne dass auch sie nach einem beherrschenden Prinzip suchen. Bei allen ist es die Denegation aus Rechtserwägungen, die in der einen oder anderen Weise alle sonst nicht unterzubringenden Fälle aufnehmen muss. Auch Pernice benutzte diese Aufzählung ersichtlich und liess sich, indem er den Savignyschen Gedanken der freien Wahl des Prätors zwischen Kognitions- und Formularverfahren damit verband, dazu hinreissen, dem Prätor stets die freie Wahl zu geben, während Savigny nur im Fall der Unbestrittenheit der Parteiverträge und Helmolt nur bei „juristischer" Gewissheit, d. h. bei Eid und Geständnis sie zugestehen wollten. So weit ist man später in der Gleichstellung des Denegationsrechtes mit dem Kognitionsprozess nicht mehr gegangen und auch Pernice[17]) (1884) hat seine Ansicht vollständig zurückgenommen. Heute wäre eher zu rügen, dass man zu einseitig die Pflicht des Prätors, einen iudex zu bestellen, hervorhebt[18]) und damit die denegatio nur zu einem Ver-

13) Puchta, Institutionen, 1. Aufl., § 163 a. E. (unverändert die 10. Aufl. von Krüger, 1893.

14) Rudorff, Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, 1859, § 70.

15) Bettmann-Hollweg, Civilprozess, Bd. II, S. 216.

16) Gelegentlich auch Pfeiffer, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F. XI, 1854, S. 110.

17) Zeitschrift der Sav.-Stiftung, Bd. V (1884), S. 29, 37, 38, Bd. VII (1886), S. 105; ferner in „Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der Kaiserzeit" (Festgabe für Beseler) 1885, S. 56, 72.

18) Vgl. ausser Pernice z. B. Mommsen, Staatsrecht I, 3. Aufl., S. 172, 177, 228, Karlowa, Rechtsgeschichte I, S. 193. Früher schon so Keller, Civilprozess (1. Aufl. 1852), § 1; Bethmann-Hollweg, Civilprozess, 1864—1866, I, S. 54, 62, 65, II, S. 93, 722, 767, III, S. 16, die beide die denegatio an anderen

teidigungsmittel des Beklagten herunterdrückt, während sie ein gerichtsorganisatorisches Prinzip enthält und als solches für die Entstehung und Weiterentwickelung der extraordinaria cognitio sicher von sehr grosser Bedeutung war. — Ausser den schon erwähnten Albrecht, Savigny und Helmolt, lassen auch Keller[19]) und Schlesinger[20]) die denegatio nur bei unbestrittenen oder unzweifelhaften Sachlagen zu, wobei der Gedanke eine gewisse Rolle spielte, dass der Prätor sich die Gewissheit nicht selber durch Kognition verschaffen dürfe, sondern wenn die Liquidität nicht sofort vorhanden sei, einen iudex bestellen müsse.

Andere wollen den „Streitstoff" zwischen Prätor und Judex teilen. So räumt Stintzing[21]) (1853), der die Unterscheidung von ipso jure und ope exceptionis hier wiederfindet, dem Prätor damit nur die Kognition über den Klagegrund und die Denegation bei Mängel desselben ein. Ein anderes Prinzip der Stoffverteilung suchen Wieding[22]) (1865), der die schon ältere Ansicht[23]), dass in iure die Rechtsbehauptungen und in iudicio die tatsächlichen Behauptungen erledigt worden sein, ausführt, und Muther[24]) (1867), der dem Verfahren in iure die Prüfung der rechtsverletzenden Tatsachen — man denke an Savignys

---

Orten speziell erwähnen (vgl. Anm. 15 u. 19), an den hier genannten aber nicht auf sie hinweisen, trotzdem gerade durch sie sich das römische Gewähren des Rechtsschutzes von unserem bedeutend unterscheidet.

19) Keller, a. a. O., § 36.

20) Schlesinger in seiner Kritik zu Bülows Prozesseinreden. Göttinger gel. Anzeigen, 1869, S. 898, 903.

21) Stintzing, Verhältnis der l. a. sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praejudicialis, 1853, S. 28, 29.

22) Wieding, Der Justinianeische Libellprozess, 1865, z. B. S. 235, 254, 255.

23) In aller Schärfe findet sie sich schon in der Schrift „Ueber die legis actiones und das Centumviralgericht der Römer. Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte von einem Praktiker. Zwickau 1839", S. 36 f.

24) Muther in seiner Kritik zu Wieding, Krit. Vierteljahrsschrift IX, 1865, S. 185. Er ist bekanntlich ein Anhänger der Savignyschen Theorie von der Entstehung der Klagrechte. Er sieht (vgl. seine „Actio" 1857, S. 37 f., 40) in der Actio ein publizistisches Recht gegen den Prätor als Träger der Justizhoheit, das der Kläger aber nur hatte, wenn die allgemeinen (auch stillschweigenden) Bedingungen, unter welchen die Actio versprochen, eingetreten waren. War dies nicht der Fall, so konnte der Prätor denegieren und er konnte das, wenn die Ernennung eines Judex von vornherein überflüssig erschien. Der Vorschriften darüber, ob und wann es zum eigentlichen Prozess kommen müsse, waren aber nach seiner Ansicht viele. Es ist schwer, sich hiernach ein Bild seiner Ansicht (von 1857) über die Denegation zu machen.

Theorie von der Entstehung der Klagerechte — und dem Verfahren in iudicio die Prüfung der rechtsbegründenden Tatsachen zuweist. Diese drei streifen aber nur die Denegationsfrage. Bekannter ist die Ansicht Bülows[25]) (1868), der dem Prätor in iure ausschliesslich die volle Kognition über die von ihm als Prozessvoraussetzungen bezeichneten Tatsachen geben wollte, während alles Materielle ausschliesslich in das Verfahren in iudicio gehöre. Die Denegation ist ihm nur eine Abweisung angebrachtermassen, absolutio ab instantia. Aber so verdienstlich Bülows Werk auch sonst ist und so einflussreich es auch für die Folgezeit war, der von ihm zwischen ius und iudicium gemachte Unterschied ist ein ganz willkürlich erfundener und war als solcher schon damals aus der seit Heffter stets wiederkehrenden Aufzählung von Denegationsfällen zu erkennen[26]). Auf dieses Uebersehen der aus materiellen Gründen erfolgenden Denegation weisen denn auch seine Kritiker Schlesinger[27]) und Planck[28]), der im übrigen seine Ansicht zu teilen scheint, hin. Auch Karlowa[29]) (1872) und Kleinschrod[30]) (1875) betonen sie.

Gegen dieses Prinzip der Stoffverteilung und besonders gegen Bülow wendet sich A. S. Schultze[31]) (1883). Ihm ist

25) Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen, 1868, insb. S. 1—9, S. 285—296. Einen ähnlichen Gedanken hatte schon, wie oben erwähnt, Heffter geäussert.

26) Man hat Bülow vor dem Vorwurf der ganz willkürlichen Missachtung dieser offen daliegenden Denegation aus materiellen Gründen zu schützen versucht, indem man auf seine Bemerkung, S. 127, Anm. 8; („allgemeine Regel, wonach im Fall der Inhalt einer exceptio vom Kläger zugestanden wurde, die actio verweigert werden musste") hinwies. So Planck in seiner Kritik, Krit. Vierteljahrsschrift IX, S. 172 und Lotmar in der Kritik zu Schultze, daselbs. Bd. XXVI, S. 673. Im Text spricht Bülow aber stets z. B. S. 8, 288, 289, 292, 294 von einem „ausschliesslichen" Inhalt des Verfahrens in iure und des in iudicio und bezeichnet er stets die denegatio als Abweisung angebrachtermassen. Wie hätte er das tun können, wenn er sich auch nur im geringsten über den Umfang des Denegationsrechtes klar gewesen wäre! Bülow hatte auch schon (1863) in „De praejudicialibus exceptionibus" p. 10 i. f. genau denselben Fehler begangen und hätte gegenüber der Kritik Pernices zu dieser Stelle (Krit. Vierteljahrsschrift V, 1863, S. 415) wohl allen Grund gehabt, seine Ansicht vor Missverständnissen zu schützen. Mir scheint demnach seine obige in Frage stehende Bemerkung lediglich eine Verlegenheitsausflucht zu sein.

27) Schlesinger, a. a. O. (oben Anm. 20).

28) Planck a. a. O. (oben Anm, 26), bes. S. 171.

2I) Karlowa, Röm. Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen, 1872, S. 342.

30) Kleinschrod, a. a. O.

31) A. S. Schultze, Privatrecht und Prozess, 1883, § 18 ff., bes. § 20.

bekanntlich die Formelerteilung — die ausserdem erst, nicht schon das Edikt, die Privatrechtserzeugung durch den Prätor ist — ein sachliches, aber nur hypothetisches Urteil des Prätors, dem dann das thetische Urteil des Judex nachfolgt. Der Prätor konnte einmal aus formellen Gründen die Actio denegieren, also eine Abweisung angebrachtermassen aussprechen. Lag dieser Fall nicht vor, so hatte der Prätor am Schluss des Verfahrens in iure jedenfalls auch sachlich zu urteilen, konnte also auch Materielles in den Bereich seiner Kognition ziehen. Sein Urteil war entweder Abweisung der Klage, denegatio actionis, oder hypothetische Zusprechung, d. h. Formelerteilung. Schultze ist somit weit entfernt davon, den Umfang des Denegationsrechtes des Prätors zu verkennen. Er würdigt vielmehr recht eingehend seine Schrankenlosigkeit. Andererseits erinnert er bedenklich[32]) an die Ansicht jener, die den Prätor zwischen Kognitionsprozess und Formularprozess die freie Wahl gaben, und er gleitet über die Schwierigkeit dadurch hinweg, dass er ausdrücklich von einer Erörterung, wie sich die denegatio zur res iudicata verhalte Abstand nimmt. So kommt es denn, dass auch er schliesslich ein klares Bild des Denegationsrechtes nicht gibt. Demelius[33]) (1884) kehrt in seiner Kritik zu Schultze wieder mehr zum Prinzip der Stoffverteilung zurück und verbindet hier verschiedene der früheren Ansichten, indem er die Denegation bei Mangel der Prozessvoraussetzungen, bei Ueberflüssigkeit des Judiciums und aus Rechtsgründen eintreten lässt, ohne dass er jedoch nähere Ausführungen gibt.

Am klarsten hat Bekker[34]) im zweiten Bande seiner Aktionen (1873, Andeutungen schon im ersten Band 1871) das Denegationsrecht gekennzeichnet als die Befugnis „nach eigenem Ermessen gegen das bestehende Recht Prozess zu weigern“ und den Gegensatz dieses Institutes zu unserem heutigen Recht hervorgehoben. Jedoch weist er nach dem Zwecke seines Werkes wenig auf die prozessrechtliche Bedeutung gerade des Denegations-

---

32) Cum grano salis zu verstehen. Natürlich bewegt er sich in einem ganz anderem Gedankenkreise.

33) Demelius in Grünhuts Zeitschrift XI, 1884, S. 728 ff., bes. S. 736 f., 739, 742.

34) Bekker, Die Aktionen des Römischen Privatrechts 1871—1873, Bd. I, z. B. S. 16, Bd. II, bes. S. 20 ff., S. 244 ff. — Vgl. auch „Ueber das Verhältnis von Actio zu Obligatio“ in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX, 1870, S. 371.

rechtes hin. In neuerer Zeit bestehen, wohl infolge besserer Würdigung der staatsrechtlichen Stellung des Prätors, über den äusseren Umfang des Denegationsrechtes — soweit sich aus den kurzen Aeusserungen schliessen lässt — im allgemeinen keine erheblichen Zweifel mehr. Man vergleiche z. B. Wach[35] (1885), Jörs[36] (1888), Leonhard[37] (1894), Girard[38] (1901) und etwas eingehender Wlassak[39] (1888, 1891), der klar betont, dass die gesetzliche Verpflichtung, einen Judex zu bestellen, das Denegationsrecht des Prätors nicht ausschliesse.

Von Interesse sind noch einige neuere Formulierungen dieser Fragen. Wach[40] wendet seinen Rechtsschutzanspruch auch hier im römischen Recht an und sagt gegen Schultze, dare actionem sei das Zulassen und denegare das Nichtzulassen des Rechtsschutzanspruches, nicht aber sei jenes Bejahen und dieses Verneinen desselben. Das würde somit heissen, dass der Rechtsschutzanspruch ganz unabhängig davon besteht, ob der Prätor die Actio gibt oder verweigert. Die Denegation tangiert also den Rechtsschutzanspruch so wenig wie sie das civile Recht tangiert. — Ihm hat sich Wenger[41] (1901) angeschlossen. Er führt die Ansicht weiter aus, indem er in ganz merkwürdiger Weise aus dem Verfahren in iure noch ein zweites dare actionem herauspräpariert. Zuerst habe der Prätor, und zwar vordem der Beklagte zu einer Erklärung gehalten war, die Actio gegeben oder denegiert, d. h. den Rechtsschutzanspruch zugelassen oder nicht. Dann habe sich erst der Beklagte erklären müssen und darauf sei dann das andere actionem = formulam dare gefolgt. Hierbei lässt Wenger ein zweites denegare anscheinend nicht mehr zu. Denn das Zulassen und Nichtzulassen des Rechtsschutzanspruches soll natürlich — damit der Glaube an ihn erleichtert werde — ein sich äusserlich möglichst abhebender, in die Realität tretender Akt sein. Das wäre er nicht, wenn der Prätor sich fortdauernd bis zum dare formulam über ihn schlüssig machen

35) Wach, Handbuch I, S. 26 f.

36) Jörs, Rechtswissenschaft, S. 157.

37) Leonhard, Institutionen, S. 509, A. 1.

38) Girard, Manuel de droit romain, p. 994 s. und e contrario Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, p. 68 s., 79, 173, 186, 194, 196.

39) Wlassak, Prozessgesetze I, S. 44, 234, II, 336.

40) A. a. O.

41 Wenger, Zur Lehre von der actio judicati, 1901, § 14 ff.

könnte und wenn er dann in diesem unterscheidungslos aufgehen würde. Ausserdem müsste es befremden, wenn der Prätor seine Entscheidung hinsichtlich dieses wichtigen Begriffes wieder ändern könne.

Es spielt ferner in unseren Fragen der bekannte, auf den Grenzgebieten zwischen Privatrecht und Prozess sich bewegende Streit über das Wesen der Actio hinein, jedoch dürfte es zu weit führen, auch ihn hier zu schildern[42]. Es sei nur jetzt schon darauf hingewiesen, dass es bedenklich ist und ein schiefes Bild geben kann, wenn hier die denegatio ohne jede nähere Präzisierung ihrer Funktionen verwendet wird. So sagt Stein[43]) z. B., die Römer hätten den Begriff der Klagbarkeit derart gehabt, dass vor Eintritt in die Sachverhandlung geprüft wurde, ob die Klage einen in thesi rechtlich begründeten Anspruch erhebe, und dass die fehlende Klagbarkeit die denegatio zur Folge gehabt hätte. Wie Hellwig[44]) zu der Frage sich verhält, ist bei der Kürze seiner Bemerkung nicht klar zu erkennen. Die denegatio actionis findet nach ihm statt, wenn der Prätor das behauptete Recht oder dessen Klagbarkeit nicht anerkennt. Die actio ist aber das „Recht auf prozessualen Schutz". Also muss ihm das dare und denegare ein Entscheiden über dieses Recht und nicht wie für Wach ein blosses tatsächliches Zulassen oder Nichtzulassen des Rechtsschutzanspruches sein. — Aus diesen letzteren Hinweisen mag man entnehmen, dass die Klarlegung des Denegationsrechtes nicht bloss für die Kenntnis des römischen Prozesses nötig ist, sondern dass sie Fragen, die für die allgemeine Prozesstheorie wichtig sind, berührt.

---

42) Vgl. darüber Wlassaks Artikel „actio" in Pauly-Wissowa, Realencyklopädie.

43) Stein, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, Halle 1903, S. 29. — Vgl. Muther, Krit. Vierteljahrsschrift IX, 1867, S. 185.

44) Hellwig, Lehrbuch des Civilprozessrechts I, 1903, S. 9.

§ 3.

II. Sprachliches.

I. Allgemeines.

Die Untersuchung geht aus von dem Ausdruck „actionem denegare", da dies die technische Bezeichnung für das Verweigern des ordentlichen Prozesses ist. Die Verwendung des Wortes ist durchaus nicht so selten, als man vielleicht anzunehmen geneigt sein würde. In den Digesten und den übrigen im Vocabularium iurisprudentiae Romanae berücksichtigten Schriften findet es sich 209mal (3 Duplikate), davon 109mal (2 Duplikate) in der Zusammensetzung mit actio. Zum Vergleich sei mitgeteilt, dass sich dare actionem — ein Ausdruck, den man ohne weiteres für einen unzählig oft vorkommenden halten würde und bei dem das Vocabularium leider nicht das positive dare und das dare mit Negation unterscheidet[1]) — aktiv sogar nur 75mal und passiv ungefähr 720mal findet. Unter diesen ungefähr 800mal war es nur ungefähr 130mal mit Negation festzustellen. Actionem esse findet sich ungefähr 502, actio competit 530, actionem habere 422mal[2]).

Es versteht sich von selbst, dass „denegare actionem" nicht der einzige Ausdruck für das Verweigern des Prozesses ist. Alle hierfür gebrauchten sprachlichen Wendungen zu verfolgen, ist unmöglich, da in der Zusammensetzung mit non pati, non compelli oder non cogi iudicium suscipere, accipere, pati, mit non permittere agere, petere, exigere, mit non posse agere, conveniri und vielen ähnlichen Ausdrücken schliesslich jede Wendung auch diesen Sinn gewinnen kann. Immerhin sei hier ein Ueberblick

1) Hoffentlich wird bei iudicium eine solche Teilung vorgenommen.

2) Diese Aufzählungen des Vocabularium sind nur eilig durchgezählt. Kleine Ungenauigkeiten können also vorhanden sein.

wenigstens über die wichtigsten Verbindungen mit „actio" gegeben, bei denen man an prozessualen Gebrauch denken könnte.

Unterschiedslos mit denegare wird negare actionem gebraucht, das aber nur 5 mal vorkommt. Am wichtigsten für unsere Untersuchung ist das „dare mit Negation", obwohl auch dieses Wort sich unverhältnismässig seltener negiert findet, als in positiver Wendung. Admittere actionem und ad actionem (6 mal) findet sich auch prozessual, aber nicht negiert; repellere actionem nur 2 mal civil, ab actione und depellere 2 mal und zwar auf dem Grenzgebiet; concedere (5 mal) mehr civil, nur 1 mal mit der Negation zweifellos prozessual (l. 24 D. 5, 1); tribuere (8 mal) mehr civil, nur 1 mal mit der Negation ebenfalls prozessual (l. 1 § 16 D. 47, 4). Auch mit constituere actionem (27 mal), das in der Regel (18 mal) legislative Bedeutung hat, wird das Gewähren oder Nichtgewähren einer Actio (5 mal) bezeichnet. Inhibere (5 mal) bezeichnet meistens den Einzelfall. Reddere (15 mal) dagegen wird anscheinend mehr im civilen Sinne für „gesetzlich zustehen" gebraucht; negiert findet es sich nur 1 mal (l. 9 § 1 D. 27, 6) und hier ebenfalls in diesem Sinne. Praestare (88 mal) bedeutet fast stets (84 mal) das civile Uebertragen, Abtreten, Leisten einer bestehenden Actio[3]) und ist nur 3 mal gleichbedeutend mit dare[4]) (im Einzelfall l. 21 § 6 D. 4, 2; Prinzipien l. 40 D. 28, 6, l. 7 D. 44, 7).

Postulare actionem kommt anscheinend in Zusammensetzung mit non posse und dgl. nicht vor; nur einmal findet sich „non probe postulabit" in l. 7 D. 29, 4. Recusare actionem (6 mal) wird ausschliesslich von dem Beklagten gebraucht und bezeichnet das Verweigern des iudicium accipere, das eventuell durch die denegatio gebilligt wird. Decernere actionem (9 mal) bezeichnet das Geben der actio im Einzelfalle und steht somit im Gegensatz zu denegare (vgl. l. 22 D. 13, 5), mit der Negation kommt es nicht vor. Ebenso findet sich permittere (5 mal) nicht negiert; es steht ebenfalls im Gegensatz zu denegare (l. 15 § 44 D. 47, 10), komm taber auch im Edikt vor (l. 10 pr. D. 42, 8). Impedire (4 mal) findet sich auf dem Grenzgebiet, excludere (2 mal), praebere (1 mal) mehr civil. Summovere wird mehr von der exceptio gebraucht.

---

3) Einmal l. 41 § 1 D. 6, 1 das Erzeugen einer Actio.

4) Denn in l, 73 pr., D. 45, 1 vermutet Mommsen wohl mit Recht eine Korruption des „potest" aus „poterunt".

Auch aus dem Vergleich mit dem Vorkommen und Gebrauch dieser Worte ersieht man, dass denegare verhältnismässig sehr häufig verwendet wird und dass daher der Gedanke, es habe eine bestimmte technische Bedeutung, nicht fernliegt.

Es liegt im Zweck dieser Arbeit, ein vollständiges Bild von der Verwendung des „denegare" zu geben. Darum sind auch die Stellen, in denen denegare keine technische Bedeutung hat, je nachdem, wo es passend erschien, erwähnt. Bei den übrigen in der Bedeutung ihm ähnelnden Ausdrücken ist dies jedoch nur, wenn ein besonderer Grund vorlag, erfolgt, in der Regel sind sie nur angegeben, wo sie dasselbe wie das technische denegare zu sagen scheinen. Nur bei „non dare" glaubte Verfasser weitergehen zu müssen. Bei ihm sind nur die ganz formelhaften Ausdrücke, wie z. B. das „heredi et in heredem non dantur" bei der Unvererblichkeit von Klagen nicht aufgeführt.

II. Denegare.

Denegare ist eine verstärkte Form von negare. Die Verstärkung liegt in der tatsächlichen Ausführung des negare. Es entspricht somit unserem Gegensatz von „verweigern" und „verneinen".

Im Sinne des einfachen Verneinens findet es sich nur bei Ulp. l. 27 § 1 D. 5, 2 und Pap. l. 42, pr. D. 39, 6, vermutlich korumpiert auch noch bei Ulp. l. 1 § 9 D. 43, 13. Im allgemeinen Sinn als Verweigern wird es gebraucht in der Verbindung alimenta denegare in Paul. l. 4 D. 25, 3 (Sent. II, 24 § 10), Ulp. l. 1 § 2, l. 6 D. 37, 9. Schon in dem juristischen Sinne des Nichterlaubtseins findet es sich mit licentia verbunden bei Ulp. l. 7 § 12 D. 10. 3 und Marcian. l. 39 D. 11, 7, beide Male aber mit der Negation[5]), ebenso fragend bei Ulp. l. 11 § 7 D. 47, 10. Ebenfalls juristisch ist sein Gebrauch zur Bezeichnung der Erteilung oder Nichterteilung einer Vertretungsbefugnis wie bei Venul. l. 51 D. 26. 7 und bei Ulp. l. 24 D. 15, 1.

> curator furiosi administrationem peculii et dare et denegare potest tam servo furiosi quam filio.

---

5) Ebenso in der Verbindung „nec denegabitur officium" (nämlich durch den Vormund) in der Konstitution von Constantinus et Licinius p. C. 316, Vat. frag. 249.

So wird es auch verwendet bei der allgemeinen Beschreibung der Kompetenz der Munizipalmagistrate bei Ulp. l. 12 D. 2, 1:

> magistratibus municipalibus supplicium a servo sumere non licet, modica autem castigatio eis non deneganda.

und Ulp. l. 25 D. 50, 1:

> et hoc plerumque quidem lege municipale eis datur: verum et si non sit datum, dummodo non denegatum, moribus competit,

und der Fähigkeit zu solchen Aemtern Ulpian l. 3 § 3 D. 50, 4.:

> corporalia munera feminis ipse sexus denegat.

Schon an die Tätigkeit des Prätors erinnert die Verwendung bei der Befreiung von der Vormundschaft bei Paul. l. 36 § 1 D. 27, 1:

> Respondi praemium (sc. liberorum) quidem patri . . . denegare non oportere

und sogar auf das Gewähren des Rechtsschutzes bezieht es sich in der Verbindung mit auxilium [6]), wie allgemein in dem Reskript des Pius l. 2 D. 1, 6 (Coll. III, c. 3)

> dominorum interest ne auxilium contra saevitiam... denegetur his, qui iuste deprecantur

und in der Verbindung mit auxilium appellationis bei Marc. l. 15, Scaev. l. 28 § 1 D. 49, 1.

Dies sind die Stellen, in denen denegare zur Bezeichnung allgemeiner Prinzipien vorkommt. Die übrigen Verbindungen haben schon einen spezielleren juristischen Sinn. Es kommen vor: je einmal denegare compensationem (l. 8 D. 16, 2), in integrum restitutionem (l. 37 § 1 D. 4, 4 und mit auxilium l. 47 h. t.), iurisdictionem (l. 26 § 6 D. 4, 6), postulandi facultatem (l. 1 § 7 D. 3, 1), in iudicium vocare (l. 1 § 4 D. 26, 7), iudicium [7]) (l. 6 D. 47, 10), cautum (l. 1 § 9 D. 46, 5), operis novi denuntiationem (l. 19 D. 39, 1), retentionem l. 18 § 1 D. 37, 4,

6) Ein unergänzbares Bruchstück auxilium non potest denegari" findet sich Vat. frag. 20.

7) Wegen dieses auffallend seltenen Vorkommens von denegare iudicium halte ich auch die Ergänzung von Gains IV, 163 in „denegandum calumniae iudicium" nicht für zutreffend.

ferner je zweimal exactionem [8]) (l. 18 § 1 D. 37, 4; l. 48 D. 38, 1), executionem (l 132 pr. D. 45, 1; l. 19 D. 39, 1), und interdictum (l. 12 § 1 D. 41, 2; l. 1 § 13 D. 43, 20); ferner siebenmal exceptionem (D. l. 23, 9, 4; l. 9 pr. 14, 6; l. 12 § 2, 23, 4; l. 18, 44, 1; l. 1 § 8, 44, 5; l. 19, 46, 2), siebenmal petitionem im Erbrecht (D. l. 87, 30; l. 50, l. 57 § 3 l. 59 § 1, 36, 1; l. 5 § 3, 37, 5 und ergänzt Vat. Frag. 205) und dreimal sonst (l. 10, 39, 2; l. 4, 40, 13), dreizehnmal persecutionem [D. l. 3, 2, 9; l. 17 § 2, 7, 1; l. 27, 9, 4; l. 11 § 16, l. 41 § 11, 32; l. 9 § 1, 34, 9; l. 11, 36, 4; l. 5 § 4, 37, 5; l. 16 § 6, 38, 2; l. 15 § 24, 39, 2 [9])]. Geradezu als technischer Ausdruck kommt denegare ad libertatem proclamationem vor. Er findet sich mit Varietäten sechzehnmal in den Digestentiteln 40, 12 und 13 [10]), Mitunter, aber selten, wird auch das betreffende Civilrecht statt der Actio genannt. So findet sich je einmal denegare hereditatem [l. 3 § 4 D. 38, 16 [11])], collationem (l. 20 § 1 D. 37, 4), ius distrahendi (= detrahendi l. 41 § 7 D. 30) und operarum praestationem (l. 20 D. 38 1) und zweimal legatum (l. 5 § 2, l. 12 D. 34, 9). Verständlich ist, dass „denegare bonorum possessionem" sich häufiger, neunmal, findet (D. l. 1 § 15, 25, 4; l. 13, 37, 1; l. 3 § 15, 37, 4; l. 10, 37, 10; l. 5 37, 12; l. 48, 38, 2). In allen übrigen (109) Fällen ist denegare mit actio verbunden.

Diese Uebersicht ist nur mitgeteilt, um einigermassen ein Bild der sprachlichen Verwendung von denegare zu geben. Es soll damit aber nicht etwa gesagt sein, dass die vorstehend erwähnten spezielleren juristischen Verbindungen zu dem technischen Ausdruck „actionem denegare" im Verhältnis eines ausschliessenden Gegensatzes ständen. Vielmehr ist bei beiden Gruppen in jedem einzelnen Falle die Verwendung des Wortes „denegare" zu untersuchen. Denn „denegare" wird, besonders in der Verbindung „denegare actionem", zwar überwiegend im rein prozesstechnischen Sinne für das Verweigern des Gerichts gebraucht, daneben aber auch nicht selten im übertragenden, civilrechtlichen Sinne für das Nichtzustehen eines Anspruchs. Dass beide Verwendungsformen oft ununterscheidbar ineinander übergehen, kann bei der überaus engen Verbindung, die in Rom

8) Beidemal Hermogenian.

9) Und im Codex 4, 28, c. 4.

10) Und im Codex 7, 18, c. 1.

11) Im Codex successionem c. 2, 34, c. 2 und 9, 41, c. 9.

zwischen Civilrecht und Prozess nicht bloss in der Wissenschaft, sondern auch in der Rechtsentwickelung bestand, nicht wunder nehmen. Hierdurch wie ferner durch den Umstand, dass wir die Entscheidungen des Prätors nicht in ihrer Urform vor uns haben[12]), sondern nur vermittelt durch die Kommentare der Juristen, wird die Untersuchung bedeutend erschwert. Aber gerade wegen des gegenseitigen Aufgehens von Civilrecht und Prozess in der wissenschaftlichen Bearbeitung finden wir nicht selten auch unter den Stellen, die den Prätor nicht selbst handelnd aufführen, solche, aus denen man klar ersieht, wie ihr Schreiber sich vollständig in die Rolle des Prätors hineinversetzt hat und wie er das denegare im reinen prozesstechnischen Sinne verwendet. Auch beim Vorkommen des denegare in Responsen kann man durchaus nicht ohne weiteres stets die civilistische Verwendung des Ausdrucks annehmen. Denn Responsen wurden bekanntlich nicht nur von privaten, sondern auch gerade von den judizierenden Magistraten eingeholt.

Natürlich lässt sich die Entscheidung, ob civilrechtliche oder prozesstechnische Verwendung des Wortes vorliegt, in den wenigsten Fällen aus der Phrase selbst erkennen. Vielmehr kommt hier nicht bloss der engere, sondern auch der weitere Zusammenhang der Stelle in Frage. Die gebrauchte Verbalform, vorhandene Gegensätze zu anderen Ausdrücken, das Vorkommen bei Aufzählung von praktischen Fällen oder im Gegensatz dazu in einer längeren wissenschaftlichen Erläuterung, alles das sind nur die nächstliegenden Punkte, die bei der Quellenauslegung in Betracht gezogen werden müssen. Es hätte zu unerträglichen Weitschweifigkeiten geführt, wenn Verfasser bei jeder einzelnen Stelle alle Gründe hätte wiedergeben wollen, die ihn bewogen, das Vorkommen des „denegare“ hier als prozesstechnisch, dort als civilrechtlich zu bezeichnen. Die Entscheidung im Einzelfalle beruht stets auf der Betrachtung nicht bloss des einen Fragmentes, sondern auch der damit zusammenhängenden übrigen Stellen des betreffenden Juristen oder der Stellung des

12) Es ist auch wohl kaum anzunehmen, dass der Prätor, wie er das positive Gewähren der Actio in der Schriftformel niederlegte, auch seine Verweigerung der Partei schriftlich gegeben hätte. Ein Protokollieren der denegatio zeigt uns der Berliner Papyrus 114, Griechische Urkunden I (B.G.U. I).

Fragmentes zwischen den Fragmenten anderer Juristen, nicht selten auf dem Eindruck, den die Lektüre des ganzen Titels und die Beobachtung der in ihm üblichen Ausdrucksweise hervorriefen. Natürlich kann dabei die subjektive Auffassung des Verfassers im einzelnen Falle eine unrichtige sein, aber er bittet sie als solche nicht schon auf Grund des kurzen, jeweils mitgeteilten Bruchstückes zu bezeichnen. Denn die Unterscheidung zwischen prozesstechnischer und civilistischer Verwendung gehört — um mit Ulpian zu reden — häufig auch zu dem „quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi possit“.

§ 4.

III. Denegatio aus Gründen, die nur in iure untersucht wurden.

I. Allgemeines. Bülows Ansicht.

Bülow vertritt, wie schon erwähnt[1]), in seinen „Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen“ die Ansicht, dass in iure nur über die von ihm so bezeichneten Prozessvoraussetzungen, die Erfordernisse des Prozessrechtsverhältnisses, und in iudicio nur über das materielle Streitverhältnis verhandelt und entschieden worden sei.

An dieser Ansicht ist nur das richtig — und darin liegt ihr Fortschritt gegenüber Keller und Wieding — dass es gewisse Punkte gab, die nur vom Prätor in iure geprüft, aber niemals dem Judex in der Formel zur Entscheidung überwiesen wurden. Beim Nichtvorhandensein dieser Dinge sprach der Prätor die Denegation aus. Unrichtig ist aber, dass die Denegation auf diese Punkte beschränkt gewesen sei und dass alles übrige nur in iudicio hätte zur Entscheidung kommen können. Vielmehr ist die Anwendung der Denegation unbeschränkt.

Bülow bezeichnet als Voraussetzungen 1) die Kompetenz des Gerichtes, 2) die Prozessfähigkeit und Postulationsfähigkeit der Parteien, 3) hinsichtlich des Prozessgegenstandes das Vorhandensein einer zur civilgerichtlichen Verhandlung geeigneten Rechtssache, 4) hinsichtlich der Handlungen die gehörige Formulierung der Klage und die Bestellung von Kautionen, 5) hinsichtlich der Zeit die Berücksichtigung der dies nefasti u. dgl., sowie des Vorranges anderer wichtigerer verwandter Prozesse.

Bülow unterscheidet sich somit von den Aelteren, die auch schon in ihren Systemen die „Faktoren des Prozesses“ von deren

1) Oben § 2, Anm. 25.

Kombination zum „Verfahren" trennten, wesentlich nur dadurch, dass er auch die Klageformulierung unter die Vorbedingungen des Prozesses aufnahm [2]).

II. Zuständigkeit.

Bülow hat damit recht, dass der Prätor seine eigene Zuständigkeit stets in iure prüft und bei Unzuständigkeit die Klage verweigert [3]). Als Prinzip finden wir dies ausgesprochen bei Ulp. l. 2 § 6 D. 5, 1:

> sed si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit necne, ipse praetor debet causa cognita statuere,

oder Scaev. l. 6 § 1 D. 50, 7:

> sed si non constat, legatus sit an non, Romae praetor de hoc cognoscit.

Vergl. auch Paul. l. 2 D. 2, 5:

> ex quacunque causa ad praetorem vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit,

und Ulp. l. 5 D. 5, 1:

> si quis ex aliena iurisdictione ad praetorem vocetur, debet venire, ut et Pomponius et Vindius scripserunt. praetoris est enim aestimare au sua sit iurisdictio.

Die Denegation findet sich ausdrücklich bei Paul. § 24 § 2 D. 5, 1:

> sed si postulatur in rem actio adversus legatum, numquid danda sit . . . Cassius respondit sic servandum, ut si . . . non sit concedenda actio, si vero . . . non sit inhibenda: Julianus sine distinctione denegandam actionem: merito: ideo enim non datur actio, ne ab officio suscepto legationis avocetur.

---

2) Vgl. z. B. Bülow, S. 5, 6 und Wieding, § 16, insb. S. 238. So auch jetzt z. B. Hellwig, Lehrbuch des Civilprozessrechtes I, S. 144. während z. B. Schmidt, Lehrbuch, S. 795 mit anderen die Klageerhebung als Prozessvoraussetzung ablehnt.

3) Wenn er will, kann er es auch trotz Vereinbarung des Gerichtsstandes durch die Parteien, Ulp., l. 2 § 1 D. 5, 1. Wlassak, Prozessgesetze, I, S. 125.

Schon aus der Angabe dieses Grundes ersieht man, dass nur in iure über diese Frage verhandelt wurde. Bei der Zulassung eines iudicium wäre dieser Zweck nicht erreicht worden. Einen anderen Fall des denegare lesen wir bei Ulp. l. 5 § 1 D. 13, 5:

> sed etsi non cum Romae esset (legatus), sed in provinca adhuc, constituit se Romae soluturum denegatur in eum actio de constituta.

Vergl. ferner das hier offensichtlich prozessual gebrauchte „non competere" und „non dare" in l. 26, l. 28 § 1, § 4 D. 5, 1. Vom Beklagten wird hier „iudicium recusare" gebraucht in l. 36, h. t.

Diese Zuständigkeitsfragen können nicht vom Prätor durch eine Exceptio dem Judex der Hauptsache zur Entscheidung unterbreitet worden sein. Die einzige Stelle, in der eine praescriptio fori erwähnt wird, l. 7 D. 2, 8:

> si fideiussor non negetur idoneus, sed dicatur habere fori praescriptionem et metuat petitor, ne iure fori utatur . . . praedicendum ei non usurum eum privilegio, si conveniatur

rührt von Ulpian her und kann daher unmöglich als Widerspruch zu seinem oben zitierten „ipse praetor debet causa cognita statuere" aufgefasst werden. Nimmt man dazu, dass hier nicht von einem anhängigen, sondern von einem erst künftigen Prozess gegen den fideiussor die Rede ist und beachtet man die folgenden paraphrasierenden Ausdrücke „iure fori" und „privilegio" an Stellen, wo man sonst gerade praescriptio erwarten würde, so muss man Planck und Bülow darin recht geben, dass praescriptio hier nur als allgemeiner Ausdruck für eine Einwendung gebraucht ist[4]).

Sachlich hätte auch die Einfügung einer solchen exceptio stets zu einem vollkommenen causa cadere führen müssen. Denn an die Verbindung einer Formelanweisung „eventuell angebrachtermassen abzuweisen", mit der anderen „oder eventuell in der Sache selbst zu erkennen", lässt sich schon aus technischen Gründen kaum denken. Dagegen kann man der Bülowschen

---

4) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, S. 9, Anm. 9; Bülow, S. 100 f.

Argumentation, dass der Judex durch das Inkompetenzurteil das ganze Judicium und damit auch wieder sein eigenes Urteil aufgehoben hätte, nicht ohne genauere Beschränkung zustimmen. Denn nach den obigen Stellen hatte auch der „ex aliena iurisdictione" Gerufene die Pflicht zu kommen und dieser Pflicht muss ein Recht des Prätors auch über den „iurisdictioni non suppositum" entsprochen haben. Nur in der Sache selbst wäre eine Formelerteilung und eine sententia „pro nullo" (l. 1 § 2 D. 2, 2) gewesen. Dagegen die Möglichkeit eines durch prätorische Stipulation eingeleiteten Vorprozesses lediglich über die Kompetenzfrage, also ein selbständiges praeiudicium, liesse sich denken und der Behauptung, dass auch ein solches die Kompetenz verletzen würde, liesse sich entgegenhalten, dass die Pflicht des non suppositus zum Kommen doch zeige, dass auch ihm gegenüber das imperium des Prätors eine Wirksamkeit habe[5]). Immerhin ist zuzugeben, dass wir Quellenzeugnisse über das Ueberliefern solcher Vorfragen an einen Judex nicht besitzen und dass nach, den erwähnten scharfen Ausdrücken der Juristen zu urteilen, derartige selbständige praeiudicia wohl auch nicht üblich waren[6]).

Wie dem nun auch sei, jedenfalls ist Bülow darin beizutreten, dass die Frage nach der Zuständigkeit nicht mit der Hauptsache verbunden und in das Verfahren in iudicio überwiesen wurde.

III. Zulässigkeit des Rechtsweges.

Dass der Prätor keine Actio erteilte, wenn die Streitsache nicht den Civilgerichten unterstand, folgt schon daraus, dass für solche Sachen gar keine Actio im Edikt proponiert sein konnte. Wollte der Kläger dennoch etwa eine actio in factum haben, so stand es natürlich in dem Ermessen des Prätors, ob eine unter seine Jurisdiktion fallende Streitsache vorlag oder nicht. Undenk-

5) Denn dass der Prätor es nur im Wege der Rechtshilfe durch den ordentlichen Richter hätte ausüben dürfen, wäre m. E. durch einen Hinweis auf l. 2, § 1, D. 2, 5 „si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a competenti iudice multa pro iurisdictione iudicis damnabitur" wegen des übrigen Inhalts dieser Stelle nicht bewiesen.

6) Obwohl der Gedanke nicht so fern liegt. Man denke an Fälle, in denen die Kompetenz von der Höhe des Objektes abhing und über sie Streit herrschte. Vgl. lex Rubria c. 21 und Fragm. Atestinum.

bar ist, dass er durch die Form der Exceptio sich beim Judex erst darüber Rat geholt hätte, ob er selbst zuständig sei.

Ueber diese Frage handelnde Quellenstellen sind mir nicht bekannt geworden.

IV. Prozessfähigkeit und Postulationsfähigkeit.

Die Prozessfähigkeit wird von den Römern im Zusammenhang mit der besonderen Postulationsfähigkeit behandelt. Der Prätor berücksichtigt sie von Amtswegen und auch wider den Willen des Gegners. Gaius l. 7 D. 3, 1:

> quos prohibet praetor apud se postulare, omnimodo prohibet, etiamsi adversarius eos patiatur postulare.

Es ist selbstverständlich, dass sie in iure geprüft wird, denn sie besteht ja gerade darin, „desiderium suum in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere“ (l. 1 § 2 D. h. t.). Eine Verweisung der Frage an den Judex ist nicht denkbar, denn „suae dignitatis tuendae et decoris sui causa“ (l. 1 pr. h. t.) hat der Prätor das betreffende Edikt erlassen. Wird die Prozessunfähigkeit in iure übersehen oder tritt sie (z. B. Geisteskrankheit) erst in iudicio ein, so hat der Judex ebenfalls von Amtswegen sich eines Urteils zu enthalten und ergeht ein solches dennoch, so ist es nichtig[7]).

Soweit Prozessunfähigkeit und Postulationsunfähigkeit sich decken, gibt es für sie keine verschiedenen Regeln. Wo sie auseinanderfallen, zeigt sich die Besonderheit der eigentlichen Postulationsunfähigkeit darin, dass nicht für andere oder nur für gewisse nahestehend andere negiert werden kann. Diese eigentliche Postulationsfähigkeit ist nach den obigen beide Arten betreffenden Stellen ebenfalls von Amtswegen in iure zu prüfen. Dagegen braucht der Judex ihr Fehlen nicht zu beachten und ein für oder gegen einen Postulationsunfähigen als dominus litis ergangenes Urteil ist nicht nichtig. Vergl. Ulp. l. 8 § 2 D. 3, 3:

> milites autem nec si velit adversarius procuratores dari possunt, nisi hoc tempore litis contestatae quocunque casu praetermissum est[8]).

7) l. 9 D. 42, 1. furioso sententia a iudice vel ab arbitro dici non potest. l. 45, § 2, h. t. contra indefensos minores tutorem vel curatorem non habentes nulla sententia proferenda est l. 57 pr. h. t. contra pupillum in defensum . . . peremptorium nihil momenti habet.

8) Vgl. auch c. 13, C. 2, 12.

Prozess- und Postulationsfähigkeit hängen als rein persönliche Eigenschaften nicht mit dem geltend gemachten sachlichen Anspruch zusammen. Deshalb ist hier auch nicht von „actionem denegare" die Rede, sondern der Titel 3, 1 Dig. de postulando verwendet durchgehend „postulare prohibere" als technischen Ausdruck. Nur in l. 1 § 7 h. t. findet sich einmal der vielleicht der Aehnlichkeit der Wirkung halber gebrachte Ausdruck „non denegare postulandi facultatem [9]).

Auch darin hat also Bülow recht, dass die Prozessfähigkeit und die Postulationsfähigkeit schon in iure zu prüfen waren und dass sie nicht mit dem sachlichen Begehren zusammen in der Formel dem Judex zur Entscheidung überwiesen wurden. Dadurch unterscheidet sich die Postulationsfähigkeit scharf von der sachlichen Vertretungsmacht. Der Prätor wird bei Zweifeln über die Postulationsfähigkeit auch kaum ein selbständiges praeiudicium über diese Frage angeordnet haben, denn er hatte sie ja schon suae dignitatis causa zu untersuchen und ein Widersprechen des Gegners war gar nicht nötig und auch völlig belanglos.

Selbstverständlich ist es, dass nur in iure geprüft wird, ob der Beklagte nicht zu denen gehöre, die der Kläger wegen ihrer persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse nicht in ius vocare darf. Man könnte diese Exemtion als die passive Postulationsunfähigkeit bezeichnen. Teils dürfen solche Personen überhaupt nicht verklagt werden, so die Magistrate cum imperio (l. 2 D. 2, 4). Teils ist besondere Erlaubnis des Prätors nötig, wie nach seinem Edikt l. 4 D. h. t.:

> praetor ait: parentem patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet.

Auch hinsichtlich der Klagen besteht ein Unterschied. So dürfen infamierende und ähnliche Aktionen überhaupt nicht gegen Eltern, Ehegatten und Patrone angestellt werden

9) Nicht hierher gehört Paul, l. 24 pr. D. 40, 12.

> Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat, ita ut adversus cum quoque, qui se dominum esse dicit, actiones ei non denegentur, quascumque intendere velit.

Denn hier handelt es sich nicht um die Fähigkeit, vor Gericht aufzutreten, sondern darum, ob ein solcher rechtsfähig und damit selbst Subjekt der geltend gemachten Rechte ist, also um die Sachlegitimation.

Ulp. l. 5 D. 37, 15:

> ... in factum actione tenentur. Sed nec famosae actiones adversus eos dantur, nec hac quidem, quae doli vel fraudis habent mentionem ... (l. 7) licent famosae non sint.

Gaius l. 2 D. 25, 2:

> nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.

Ein Beispiel, dass auch die Zustimmung der Eltern nichts daran ändert, ist Jul. l. 2 D. 37, 15:

> honori parentium ac patronorum tribuendum est, ut quamvis per procuratorem iudicium accipiant, nec actio de dolo aut iniuriarum in eos detur . . .

Eine solche Vorprüfung in iure findet natürlich auch bei anderen Personen statt, die unter diese Bestimmungen fallen könnten. So heisst es bei Ulp. l. 11 § 7 D. 47, 10:

> adversus patronum liberto iniuriarum actio non detur, verum marito libertae nomine cum patrono actio competit.

Alsdann findet sich in dieser Stelle einmal denegare im gewöhnlichen Wortsinne (coercitio, convici dictio denegatur), weiter ist von cessare actionem und actione exequi non posse die Rede. Dann heisst es in § 8 in offensichtlich prozesstechnischer Verwendung:

> plane si forte filius liberti vel uxor velint iniuriarum experiri: quia patri maritove non datur, denegandum non erit, quia suo nomine experiuntur.

Auf anderen Gründen beruht dagegen Gai. l. 4 D. 5, 1:

> lis nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio,

und Pomp. l. 7 D. 44, 7:

> actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate eius est filius.

V. Kautionen und anderes.

Unbestritten ist es, dass der Prätor allein in iure über die Verpflichtung zu Prozesskautionen, wie z. B. die cautio iudicatum solvi, cautio dominum rem ratam habiturum u. dgl. entschied und dass er nicht etwa dem Judex überliess, darüber zu urteilen, ob sie zu leisten seien. Der Grund dazu ist aber ledig

lich der positive Bereich seiner Amtsmacht im Civilprozess. Irgend ein innerer Grund liegt hier nicht vor. Es liesse sich gerade so gut denken, dass auch der Judex über sie zu entscheiden habe. Ihre Bezeichnung als Prozessvoraussetzung, als „Existenzbedingung des Prozesses“ sagt uns somit nichts anderes, als dass sie nur in iure zur Sprache kamen. Bülow kommt hier selbst (S. 6 Anm. 5) zu dem Satz, den Planck[10]) seinem ganzen Gebäude mit Recht entgegenhält, dass nämlich diese Tatsachen nicht deshalb in iure verhandelt wurden, weil sie Prozessvoraussetzungen waren, sondern dass sie Prozessvoraussetzungen für das römische Recht waren, weil sie in iure verhandelt wurden. Der theoretische Begriff der Prozessvoraussetzungen bietet also bei seiner allgemeinen Anwendung Schwierigkeiten.

Aus den von Kautionen und Promissionen handelnden Stellen sei, da sich in ihnen gerade denegare befinde,t mitgeteilt Ulp. l. 1 § 9 D. 46, 5:

> quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari ut stipulatio interponatur, ipse praetor debet supra ea re summatim cognoscere et cautum iubere aut denegare.

Wird die Stellung der auferlegten Kaution verweigert, so tritt natürlich Denegation der Actio ein, z. B. bei der cautio dominum rem ratam habiturum, Ulp. l. 7 D. 39, 1:

> et si satisdationem non dabit . . . actiones quas domini nomine intendit, debent ei denegari.

Ebenso Paul. Consult. 3, 9.

> si satis non det procurator absentis, actio ei absentis nomine non datur.

Dass aber auch andere Kautionen, nicht bloss Prozesskautionen in iure zur Sprache gebracht wurden, ersieht man aus Ulp. l. 13 pr. D. 7, 1:

> si cuius rei ususfructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, ut officio iudicis[11]) hoc fiat, . . . si ususfructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit, se boni viri arbitratu usurum fruiturum.

---

10) In seiner Kritik in der Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XI, 1869, S. 161 ff.

11) Worunter hier, wie so häufig, der Prätor gemeint ist. Vgl. z. B. Heumann's Handlexikon, 8. Aufl. von Thon s. v. iudex.

und aus Valens l. 19 D. 32:

> si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit.

Ausser den Kautionen gibt es aber noch andere von dem Kläger in iure zu erfüllende Pflichten, wie die Leistung des Kalumnieneides, bei dessen Verweigerung es heisst Ulp. l. 37 D. 12, 2:

> consequens est, ut debeat denegari ei actio.

Ferner ist nach Bülow in iure auch noch zu prüfen, ob durch den Prozess nicht für einen anderen, der bereits schwebt, ein praeiudicium herbeigeführt würde. Bülow[12]) hat glaubhaft gemacht, dass in diesem Falle keine exceptio praeiudicii erteilt, sondern hierüber nur in iure verhandelt wurde, und dass die exceptio nur in Rücksicht auf künftige mögliche, noch gar nicht angestellte Prozesse erteilt wurde. Es sei hier auf ihn verwiesen, da die Frage für unsere Untersuchung nur von geringerer Bedeutung ist und ihre Nachprüfung die Heranziehung eines noch grösseren Quellenmaterials, als Bülow schon beigebracht hat, nötig machen würde.

Schliesslich sei noch auf die interrogationes in iure hingewiesen, bei denen natürlich in iure geprüft werden muss, ob sie zu stellen seien oder nicht. Vgl. z. B. das „an cogatur" und „an cogendus sit respondere" in l. 9 § 6, l. 20 § 1 D. de intorrogationibus 11, 1.

12) Bülow, S. 112—236.

IV. Keine Denegatio infolge mangelnder Editio formulae.

§ 5.

1. Keine Pflicht zum edere formulam vor dem Erscheinen in iure.

Als fernere Prozessvoraussetzung behandelt Bülow die „gehörige Formulierung der Klage". Da er hinzusetzt, dass es allbekannt sei, dass der Prätor für die gehörige Formulierung der Klage zu sorgen hatte, so scheint er die Litiskontestation zu meinen. Er würde also nicht verkennen, dass der Prätor diese Prozessvoraussetzung selbst mit schafft. Wenn sie aber nicht schon von den Parteien in das Verfahren in iure mitgebracht wird, sondern stets dort erst geschaffen wird, so ist das Verfahren auch nicht „zur Untersuchung und Entscheidung" über ihr Vorhandensein da.

Jedoch geht aus Aeusserungen, die Bülow an anderer Stelle macht, hervor, dass er hier in nicht klarer Weise verschiedene Dinge zusammenwirft. Es ist hier nämlich zunächst von der Litiscontestatio abzusehen und es sind vor allem die ersten gerichtlichen Schritte, die der Kläger überhaupt tut, zu untersuchen. Dies sind die in ius vocatio gegenüber dem Beklagten und das Angehen des Prätors. Beiden kommt im weiteren Sinne die Bezeichnung „Klageerhebung" zu [1]). Die wichtigere von diesen beiden Fragen ist die, in welcher Form der Kläger den Prätor um Rechtsschutz anzugehen hatte. Von alters her herrscht hier

1) Vor einer Gleichstellung mit unserer Klageerhebung ist natürlich zu warnen. Vgl. Wlassak, Cognitur, S. 5.

die Meinung, dass der Kläger dem Prätor eine bestimmte Formel bezeichnen und um deren Erteilung bitten musste[2]). Auch Bülow spricht diese Ansicht besonders scharf aus[3]).

Es ist mir nun nicht gelungen, eine Stelle zu finden, die einen Verstoss gegen diese der herrschenden Ansicht nach bestehende Pflicht rügt, insbesondere findet sich niemals eine Denegation wegen mangelnder editio formulae, obwohl diese doch das nächstliegende Mittel gewesen wäre, um die editio zu erzwingen. Gerade dieses auffallende Fehlen eines jeden Rechtsnachteiles, von dem ich auch keine indirekte Spur zu entdecken vermag, bewog mich, die herrschende Meinung, die ich bis dahin auch für richtig hielt, nachzuprüfen und diese Prüfung führte mich zu der Ueberzeugung, dass sie unhaltbar sei.

Bei der alten in ius vocatio wurde früher die Notwendigkeit eines edere formulam nicht behauptet. Vielmehr stritt man hier bloss darüber, ob der Kläger dem Beklagten gar nichts über den Grund der vocatio zu sagen brauchte oder ob er wenigstens im allgemeinen seinen Anspruch mitteilen musste[4]). Tatsächlich wird zweifellos das Letztere die Regel gebildet haben. Denn man greift im Leben doch erst dann zur Klage, wenn die private Aufforderung nichts hilft. Auch werden die streitenden Parteien auf ihrem Wege zum Prätor wohl selten stumm nebeneinander hergeschritten sein. Schliesslich ist auch zu berücksichtigen, dass dem Kläger solch ein rigoroses Vorgehen nichts nützte, denn

---

2) So z. B. Heffter, Institutionen des Civilprozesses 1825, S. 78, S. 277, System des Civilprozessrechts, 2. Aufl. 1843, S. 353; Keller, § 50; Rudorff, II, § 69; Bethmann-Hollweg II, § 86; Wieding, Libellprozess, § 5, § 14, § 28; Bekker, Aktionen, II, S. 229 ff.; Ueberschau, S. 50 (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte 28, 1894). Wlassak, z. B. Litiskontestation, S. 43, 57, Prozessgesetze II, S. XI, 7, 14, Cognitur, S. 5. Ausführlicher, aber etwas modifiziert, Jörs, Rechtswissenschaft, I, S. 164, 219 ff; Lenel, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 28 (1894) S. 385 ff. Wenger, Actio iudicati, S. 121 ff. Früher herrschte nicht solche Einigkeit, denn im Mittelalter stritt man „utrum actio speciali nomine sit intentanda". Vgl. z. B. Durantis spec. iur. II, partic. I, § 1 nebst den Additiones. Der sog. Ulpianus de edendo (incerti auctoris ordo iudiciorum ed. Haenel), an den man hierbei erinnert wird, scheint mir deshalb sein „edere actionem nihil alind est, quam ostendere qua ratione velit quisque cum alio contendere", dass Hugo durch „actione" verbessern will, mit Absicht geschrieben zu haben.

3) De praeiud. exceptionibus S. 58.

4) Für ersteres Keller, § 46 Anm. 533, Demelius, Zeitschr. f. R.G. 1, S. 351 ff., Jörs, S. 219, für letzteres Bekker, Konsumption, S. 99 ff., Rudorff II, § 63, A. 1; Bethmann-Hollweg II, § 86, A. 5,

der Beklagte wurde bekanntlich nicht sofort zur bindenden Antwort gezwungen, sondern es folgte, wenn er nicht vorbereitet war, die Anberaumung eines neuen Termins. Mir scheint aber auch das Schweigen unserer juristischen Quellen, insbesondere der 12 Tafeln über eine Pflicht zur Angabe des Anspruches noch kein genügender Beweis für das Nichtbestehen einer solchen Pflicht zu sein. Denn allzu Selbstverständliches wird leicht nicht erwähnt und im Leben war das Angeben etwas Selbverständliches. Was hätte denn geschehen sollen, kann der Beklagte in iure erstaunt gesagt hätte: „Ich bin bereit zu zahlen und wäre es auch ohne in ius vocatio gewesen.“ Soll dann dem Kläger das Schleppen vors Gericht ungestraft als Ausübung eines guten Rechtes hingegangen seien? Will man ihn aber irgendwie wegen ungerechtfertigter vocatio als einer iniuria strafbar machen, so liesse sich sein Vergehen immer nur aus dem Mangel einer Ansage seines Anspruches begründen. Immerhin ist zuzugeben, dass ein strikter Quellenbeweis für das Angeben des Anspruchs bei der in ius vocatio nicht zu führen ist.

Die einseitige in ius vocatio wurde umgangen und fortgebildet durch das Vadimonialverfahren. Dieses gegenseitige Bürgschaftleisten dafür, dass man an einem bestimmten Tage vor dem Prätor erscheinen werde, hat den Zweck, die Anberaumung zweiter Termine überflüssig zu machen und gleich im ersten Termin eine Entscheidung des Prätors über die Formula herbeizuführen. Es setzt also einen Beklagten voraus, der einverstanden ist, dass ein Prozess geführt werde. Die Angabe des Anspruchs im allgemeinen ist dabei die natürliche Vorbedingung des Verfahrens.

Es ist nun aber in neuerer Zeit die Behauptung aufgestellt worden, dass in diesen Stadien sogar schon ein edere der Formel, nicht bloss des Anspruches nötig gewesen wäre. So nimmt Jörs[5]) z. B. für das Vadimonialverfahren die Entwickelung der Formeledition „zu einem aussergerichtlichen Akt“ an, und Lenel[6]) ist der Meinung, dass sogar schon vor der in ius vocatio ein edere formulam nötig gewesen und vom Prätor durch eine Strafklage gesichert

---

5) Jörs, a. a. O. (Anm. 2), S. 221.

6) Lenel a. a. O. (Anm. 2), S. 385 ff. Schon Wiedings Ausführungen, § 28, bewegten sich in dieser Richtung. Auch Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte IV (1864) S. 26 spricht von einer aussergerichtlichen „Ankündigung Wenger a. a. O. stimmt Lenel bei.

war. Die Gründe, die gegen jedes edere formulam vor der Litiskontestation sprechen, stehen natürlich auch dieser Ansicht entgegen. Sie werden im folgenden sogleich dargelegt werden. Nur ein Argument Lenels sei schon hier behandelt. Lenel stützt sich auf die bekannte l. 1. des Titels de edendo, die uns unten noch eingehend beschäftigen wird. Er folgt der üblichen Meinung, nach der sie die Verhandlung in iure zum Gegenstand hat, und weist hierbei darauf hin, dass im Edikt der Titel „de edendo" dem Titel „de in ius vocando" vorangeht. Diese auffallende Erscheinung finde aber sofort ihre Erklärung, wenn man eben eine der in ius vocatio vorangehende Editionspflicht annehme und dazu nötige doch auch die durch die l. 1 bezeugte Vorbereitung des Verfahrens in iure, die ja durch ein erst in iure erfolgendes edere formulam nicht gegeben werde. Dieser Argumentation aus der Stellung der Titel kann ich nicht zustimmen. Von der Klagenedition spricht nur das Pr. und § 1 der l. 1 (2, 13). Von dem § 2 an handelt aber der ganze Titel ausschliesslich von der Edition der Urkundenbeweise. Nun wäre ja an und für sich denkbar, dass auch diese Urkunden schon vor der in ius vocatio hätten ediert werden müssen. Das wird aber auch Lenel nicht behaupten wollen, denn der Inhalt des ganzen Titels spricht zu offensichtlich gegen eine solche Annahme. Es geht aus ihm vielmehr mit handgreiflicher Klarheit hervor, dass die Urkunden in iure zur Vorbereitung des Verfahrens in iudicio ediert werden mussten. Trotzdem steht dieser Titel aber vor dem Titel „de in ius vocando"! Also wir müssen uns damit bescheiden, von dem Titel „de edendo" so wenig wie von manch anderem Titel des Ediktes zu wissen, warum er gerade dort steht, wo wir ihn finden. Hierüber hinaus kehre ich aber das Argument gegen Lenel noch um und behaupte, gerade die Aufnahme der l. 1 in diesen Titel zeigt, dass mit der in ihr geschilderten editio actionis nur eine Vorbereitung des Verfahrens in iudicio gemeint sein kann, denn auch die Urkundenedition diente nur — edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est (§ 3 der l. 1) — zur Vorbereitung dieses Verfahrens in iudicio.

2. Keine Pflicht zum edere formulam bei dem Erscheinen in iure.

§ 6.

a. Allgemeine Gründe.

Für beide Arten der Ladung, für die in ius vocatio wie für das Vadimonialverfahren, wird aber allgemein behauptet, dass der Kläger jedenfalls bei seinem ersten Erscheinen in iure dem Beklagten, die Formel, die er zu gebrauchen dachte, hätte angeben müssen, edere formulam. Also nicht das einfache civilrechtliche Angeben des Anspruches, das Individualisieren hätte genügt, sondern der Kläger hätte das Prozessmittel, die formula, genau bezeichnen müssen.

Man muss sich darüber klar sein, dass in diesem einen Akte des edere formulam zwei Prinzipien verborgen liegen würden. Einmal hätten wir hierin die Form der Klageerhebung gegenüber dem Beklagten, d. h. die Form der Mitteilung des Anspruches, auf deren Erfüllung der Beklagte ein Recht hatte. Und zweitens hätten wir hierin die Form, in welcher der Kläger den Magistrat um Gewähren des Rechtsschutzes anzugehen hatte.

Was hätte in einer solchen doppelten Pflicht des Klägers gelegen? Modern und prozessual ausgedrückt, wäre die Antwort: Es hätte ihm oblegen, die Tatsachen, auf die sich sein Recht stützte, juristisch zu qualifizieren und zwar mit einer solchen Feinheit zu qualifizieren, wie es heute noch die erste und oft auch die letzte ausschlaggebende Aufgabe ist, welche jeder Richter bei der juristischen Würdigung des Streitfalles [1]) häufig mit Mühen zu erfüllen strebt. Soll der römische Prozess diese Pflicht statuiert haben? Es hätte dann in ihm das direkte Gegenteil zu unserem „da mihi factum, dabo tibi ius“ gegolten und es wäre seine Durchführung nicht ohne den rigorosesten Anwaltszwang, den es jemals gegeben hätte, möglich gewesen! Ueber das Verwunderliche einer solchen markanten Erscheinung spricht sich aber die Literatur nicht aus.

Es seien hier bei der Prüfung dieser Ansicht die allgemeinen Erwägungen vorweggenommen, damit sie nicht bei jeder Quellenstelle wiederholt werden müssen. Die Eigenart des römischen

1) Qualis sit actio? heisst die alte Frage der Praxis.

Rechtsschutzes mag zunächst zu dieser Ansicht geführt haben. Das Prinzip des speziellen Rechtsschutzes, wie wir es im römischen Formularverfahren haben, als eines Gegensatzes zu unserem generellen Rechtschutz, liegt nach der üblichen Ansicht in zwei Punkten. Einmal darin, dass der römische Judex nur auf Grund des speziellen, in der formula zu Tage tretenden Rechtssatzes zu urteilen hat, während unser Richter sein Urteil auf Grund der gesamten Rechtsordnung fällt. Ferner soll es darin liegen, dass der Kläger nur dann Rechtsschutz verlangen kann, wenn eine für seinen Fall passende Actio im Album proponiert war. Letzteres erscheint mir zwar zweifelhaft[2]), aber die Richtigkeit sei einmal angenommen. Es sei nun darauf hingewiesen, dass zunächst rein logisch aus keinem dieser beiden Punkte die Folgerung gezogen werden kann, der Kläger sei dem Prätor und dem Beklagten gegenüber zu dem edere einer bestimmten formula verpflichtet gewesen.

Die Stellung des Prätors müsste uns ferner als eine ganz merkwürdige erscheinen, denn er müsste gleichsam zwei diametrale Gegensätze in sich vereinigen. Auf der einen Seite ist er vollkommen souverän im Erteilen der formula. Er verändert sie, wie er für gut findet, er verweigert überhaupt die Erteilung einer solchen, er veranlasst den Kläger dadurch, dass er die Verweigerung der einen in Aussicht stellt, sich einer anderen anzubequemen oder auf den Rechtsschutz zu verzichten, kurz, er erscheint für das Verfahren in iure, als ein markanter Vertreter des Offizialbetriebes (nicht mit Inquisitionsmaxime zu verwechseln!), der zwar auf Grundlage der von den Parteien beigebrachten Tatsachen handelt, aber doch schliesslich vollkommen selbständig die Formel ordnet. Auf der anderen Seite soll als Einleitung zu diesem seinem Handeln unbedingt der Kläger genötigt gewesen sein, ihm eine bestimmte Formel vorzulegen. Zu welchem Zweck?

2) Dieser Satz ist durch das häufige Gewähren der actiones in factum durchbrochen. Ausschlaggebend ist m. E. die Frage, ob der Prätor nur bei Verweigerung einer proponierten Actio später wegen Amtsverletzung eventuell zur Verantwortung gezogen werden konnte und ob dies bei Verweigerung einer actio in factum von vorneherein ausgeschlossen war. Ich glaubte letzteres nicht, weil sich doch leicht Fälle ereignen konnten, die nach ius civile sich entscheiden liessen, für die aber trotzdem keine Actio proponiert war. Das Nichtproponieren als ediktalische Abweisung auszulegen, nutzte dem Prätor auch nichts, da er auch für sein Edikt verantwortlich war.

Wenn man die Literatur durchgeht, kann man sich des Eindruckes nicht erwehren, dass der Gedanke des Parteibetriebes, der ja im verflossenen Jahrhundert ein Idol war, diese Vorstellung beeinflusst hat. „Die Partei legt dem Prätor auch die Actio vor, denn sie disponiert ja über den Streitgegenstand. Der Prätor kann nur im öffentlichen Interesse die Actio verweigern, im übrigen ist er ein Werkzeug der Partei. Nur wenn beide Parteien über die Gestalt der Formel streiten, dann hat er darüber zu entscheiden.“ Das sind so ungefähr die unklaren Vorstellungen, die hier mitspielen. Man ist sich nicht bewusst geworden, dass diese Prinzipien praktisch ganz unvereinbar mit den vorgenannten sind. Denn die Stellung, das Amt des Prätors wäre hier eine total andere wie dort. Dort greift er in die Prozessgestaltung selbst ein, hier soll er nur eine urteilende Stellung ohne eigene Initiative haben. Auch überlegte man sich nicht genug, dass man mit letzterer Ansicht den Parteien ein Verhandlungsprinzip nicht bloss wie bei uns für die Tatsachen, sondern auch für die Rechtserwägungen zuspricht. Die Partei auf der einen Seite wäre verpflichtet gewesen, dem Prätor auch das Recht anzugeben „dabo tibi ius“, und der Prätor auf der anderen Seite hätte nur über das Zutreffen des angegebenen ius auf den tatsächlichen Fall zu entscheiden gehabt.

Praktisch unvereinbar ist dies. Was sollte denn geschehen, wenn die Partei eine falsche Formel gewählt hatte? Solle der Prätor sie wortlos fortschicken, damit sie sich eine andere suche und mit dieser — eventuell mit der dritten, vierten u. s. w., denn ein sachlicher Nachteil entstand daraus nicht für sie — sei es sofort, sei es am nächsten Gerichtstage, wiederkomme und dem Prätor und dem Beklagten von neuem belästige? Oder wie weit dürfte der Prätor die ihm vorgelegte Formel abändern, damit sie noch dieselbe blieb? Abänderung und gänzliche Verweigerung gehen doch ununterscheidbar ineinander über. Will man allen den hier nur angedeuteten Konsequenzen ausweichen, so steht nur die andere Möglichkeit auf, dasss eine solche editio lediglich den Zweck gehabt hätte, überhaupt einmal das Verfahren in Gang zu bringen, und dass Kläger alsdann ruhig eine andere hätte nehmen können. Dann wäre das edere formulam nicht viel mehr als ein sinnloser Formalismus und man müsste sich nur wundern, dass die Römer es so lange mit sich geschleppt hätten.

Bei einem solchen Rechtszustande hätte der Römer, vor allem die ungebildeteren Klassen, bei jeder Klage der Hilfe eines Juristen bedurft. Dies wäre gleichbedeutend gewesen mit dem tatsächlichen Bestehen eines Anwaltszwanges (wenigstens für diesen Akt), wie es ihn in dieser ausnahmslosen Durchführung wohl sonst nie und nirgends gegeben hat[3]). Von einem gesetzlichen Anwaltszwang in Rom wissen wir nichts. Eine Verweisung auf die guten Dienste der auf dem Forum ambulierenden oder „ad album sedentes" Juristen, erscheint mir aber zu utopistisch ideal, um diskutiert zu werden. Man müsste da schon tiefer hinabsteigen und schon zur Zeit der Republik ein Volk von Winkeladvokaten[4]) annehmen, deren sich der kleine Mann bediente und auch der andere, der eine von jenen alltäglichen Sachen hatte, die vor erstinstanzlichen Gerichten sich zu Dutzenden ereignen, bis einmal eine juristisch interessante Frage kommt.

Wider das Bedenken gegen eine solche Pflicht des Klägers wende man nicht etwa ein, dass die Formeln durch ihre Tatsachenaufzählungen das Recht besser veranschaulichten und die Subsumierung erleichterten. Denn diese tatsächlich klingenden Worte hatten, nicht anders wie z. B. die Worte unseres B.G.B., doch schon ihren festen juristischen Sinn. Sie wirkten natürlich aufklärend, wenn die Partei vom Prätor die Formel erhalten hatte und nun in den 30 Tagen bis zum Beginn des iudicium über sie nachdenken musste, aber sie hätten ihr beim Aufsuchen der Formel nicht die Mühe abgenommen, aus dem tatsachenreichen Vorgang des Lebens die juristisch wesentlichen Tatsachen zu abstrahieren. Ausserdem gaben viele Formeln doch nur einen typischen Fall ihrer Anwendung wieder[5]), z. B. die Publiciana gab nur die causa traditionis an. Für einen Nichtjuristen muss es aber schlechthin als unmöglich bezeichnet werden, wenn sein Fall nicht gerade der typische war, z. B. die causa donationis, dotis

3) Gegen die Notwendigkeit dieser Folgerung kann man nicht etwa l. 1 § 5 D. 2, 13 „eis qui ob aetatem vel rusticitatem vel ob sexum lapsi non ediderunt vel ex alia iusta causa, subvenietur" anführen, denn schon von § 2 an und in allen folgenden spricht Ulpian von der Urkundenedition, deren Geschehen in iure zur Pflicht gemacht wird (§ 3 edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est . . . instrumenta) und bei der ein Unterlassen den Verlust dieses Beweismittels für das Verfahren in iudicio zur Eolge hatte. Auf diesen Verlust weist das subvenietur hin. Vgl. Lenel, Edikt, S. 49.

4) Vgl. Jörs, Rechtswissenschaft, S. 262 f.

5) Vgl. Wlassak, Edikt, S. 67 ff.

u. s. w. zur Grundlage hatte, nun noch die zweite Abstraktion vorzunehmen und aus dem Formelwortlaut das juristisch Wesentliche herauszuschälen.

Man stelle sich nur einmal einen vor dem Album stehenden und die richtige Formel sich suchenden Laien vor. Man braucht dabei durchaus nicht bloss an den rusticus, an die, die nicht lesen konnten, überhaupt an die niederen Bevölkerungsklassen zu denken, um zu der Erkenntnis zu kommen, dass dem Laien hier eine ihm unmögliche Leistung zugemutet gewesen wäre. Dass eine solche Gerichtsorganisation hart, drückend hart für das niedere Volk gewesen wäre, braucht nicht ausgeführt zu werden. Und die Prätoren, diese Bahnbrecher der aequitas, hätten es dabei bewenden lassen sollen? Und nicht die geringste Klage über ein solches System soll laut geworden und uns überliefert worden sein?

Aber auch wenn man den Anwaltszwang annehmen will, so ist man noch lange nicht der Schwierigkeiten ledig.

Wie sollte denn ein solcher Jurist eine Formel entwerfen, wenn er noch gar nicht wusste, was der Beklagte gegen den Anspruch einwenden würde? Soll diese Unklarheit über das Kommende seine Erfindungslust und die Aussicht, dass ein Einwurf des Beklagten seine ganze Mühe vereiteln konnte, seinen Eifer angespornt haben? Man nehme nur einmal an, dass z. B. der Beklagte zugab, negotiorum gestor oder Niessbraucher zu sein, aber bestritt, Mandatar oder Pächter zu sein. Und wie erst soll der Jurist ohne Kenntnis der gegnerischen Behauptungen eine bisher noch nicht existierende formula in factum ausarbeiten?, denn sogar die Schöpfung dieser zwecks actionis editio wird vom Kläger verlangt[6]). Man hat eingesehen, dass dies eine unmöglich zu erfüllende Aufgabe ist. Darum hat man, trotzdem die Quellen nicht eine Spur von der Notwendigkeit einer editio exceptionum zeigen, in der Not zu dem Satz „reus excipiendo fit actor“ gegriffen und allein aus ihm heraus dem Beklagten die Pflicht auferlegt, schon vor Beginn des Verfahrens in iure über seine Einwände Auskunft zu geben[7]). Dass dies kein Beweis ist, braucht nicht ausgeführt zu werden. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass der alten in ius vocatio gegenüber auch diese

6) Jörs, a. a. O., S. 224; Rudorff, II, § 69.

7) Jörs, a. a. O. S. 220.

Hypothese nicht durchdringt. Denn wenn nicht einmal der Kläger vorher seinen Anspruch auch nur im allgemeinen zu bezeichnen brauchte, wie hätte da dem Beklagten eine derartige Pflicht auferlegt sein können? Das Vadimonialverfahren kann man aber nicht heranziehen, denn dies ist keine legislative Fortbildung, sondern eine rein tatsächliche. Es hängt auch in seiner Anwendbarkeit immer von der freiwilligen Zustimmung des Beklagten ab. Die editio actionis und damit wohl auch die editio exceptionis sollen aber gesetzliche Pflichten des Klägers und des Beklagten gewesen sein. Es müsste also eine legislative Fortbildung der in ius vocatio stattgefunden haben. Merkwürdig wäre es, dass in dem ganzen Titel „de in ius vocando" keine Andeutung davon zu finden ist.

Also eine editio formulae wäre auch deshalb zwecklos gewesen, weil der Kläger noch gar nicht wusste, was der Beklagte sagen würde und folgedessen, ob die gewählte Formel passen würde oder nicht. Diese Zwecklosigkeit würde auch gegen den letzten Grund sprechen, den die Gegner noch anführen könnten. Es könnte nämlich unter Zerreissung des einheitlichen Aktes der editio in iure folgendes behauptet werden, die editio brauche nicht dem Prätor gegenüber zu geschehen, denn dessen souveräne Stellung sei schliesslich nicht zu leugnen. Aber dem Beklagten gegenüber habe sie einen guten Grund, denn sie solle den gegen ihn erhobenen Anspruch ganz genau angeben [8]. Man darf hier aber nicht etwa an eine Substantiierungspflicht und ihren Zweck denken. Denn unter Substantiierung versteht man die Anführung aller einzelnen Tatsachen, aus denen der Anspruch entstanden ist, in einer solchen Vollständigkeit, als sie zur Erzielung eines dem Klageantrag entsprechenden Richterspruches erforderlich ist. Einen solchen Inhalt haben aber die Formeln durchaus nicht, vielmehr sind sie „arm an Tatsachen", insbesondere die in ius conceptae. In der Regel würde die Formel dem Beklagten nicht viel mehr geben als eine formlose Ansage des Anspruches. In vielen und gerade in den praktisch häufigeren Fällen des Geschäftslebens, z. B. bei actiones certi aus Stipulationsklagen, würde sie ihm noch weniger angeben, nämlich nicht einmal den Grund des Anspruches.

8) So Jörs S. 221.

Diese Erwägungen sprechen dann weiter auch gegen die Annahme, dass die editio zur Vorbereitung des Beklagten habe dienen sollen. Bei dem Ladungsverfahren mittelst in ius vocatio hätte sie nur in iure erfolgen können und dort wäre sie als Vorbereitung zu spät gekommen. Als aussergerichtlicher Akt bei der Ladung im Vadimonialverfahren hätte sie allein ohne Angabe des Grundes und der ihn bildenden Tatsachen diesen Zweck auch nicht erfüllt. Darum treibt die Konsequenz aus der angenommenen Pflicht zur Edition hier auch auf die schiefe Bahn, das Vadimonialverfahren als eine legislative Fortbildung der in ius vocatio anzusehen und zwar als ein umfangreiches, sachliches Vorbereitungsverfahren, in dem die beiderseitigen Editionspflichten noch nicht einmal das Wichtigste wären. Eine solche Fortbildung wäre so bedeutsam gewesen, dass sie uns sicher im Titel „de in ius vocando" oder bei Gaius überliefert worden wäre. Wir finden aber keine Spur davon. Vielmehr begegnet uns das Vadimonialverfahren immer nur als eine freiwillige durch die Parteien gütlich vereinbarte Ladungsform. Freiwillig konnten sich die Parteien in ihm mitteilen, was sie wollten, aber ein gesetzlicher Zwang dazu bestand für sie nicht.

Es sei aber zur Vermeidung von Missverständnissen betont, dass lediglich die editio formulae als eine Rechtspflicht, als prozessuales Erfordernis in Zweifel gezogen wird. Natürlich lag für den Prätor kein praktischer Grund vor, wenn der juristich erfahrene oder mit einem Rechtsbeistand versehene Kläger eine bestimmte formula forderte und auch der Beklagte mit ihr einverstanden war, ihnen eine andere formula aufzudrängen. Jedoch war auch dann der Prätor kein willenloses Werkzeug der Parteien. Lediglich aus ihrer Vereinbarung konnten sie kein Recht auf das Gewähren der Actio herleiten, vielmehr konnte der Prätor sie trotz dieser verweigern, z. B. weil das Geschäft contra bonos mores war, gegen die Gesetze verstiess u. dgl., wie die weitere Untersuchung zeigen wird. In der Praxis mag das Fordern einer bestimmten Actio bei Personen, die sich juristischen Beirates bedienten, allerdings häufig gewesen sein[9]), ebenso wie bei uns z. B. in Anwaltsprozessen Rechtsausführungen häufig sind. Aber ebenso wie bei uns trotzdem der Satz „iura novit curia" gilt und die Rechtsausführungen unnötig sind,

9) Vgl. Jörs, S. 164.

so galt auch im römischen Prozess m. E. trotz des Vorkommens eines Forderns der Actio das Prinzip „da mihi factum, dabo tibi ius“.

Der Normalfall, von dem das Gesetz ausging, spielte sich somit folgendermassen ab. Die beiden Parteien erschienen auf Grund der in ius vocatio vor dem Prätor und trugen ihm ihren Streit durch wiederholte Rede und Gegenrede vor. Wenn der Prätor sich über ihr Begehren genügend klar geworden war, so schlug er ihnen eine formula vor, indem er erklärte, dass er bereit sei, diese zu erteilen. Konnten die Parteien ihn nicht etwa noch durch Nachholung vergessener oder Ausführung bereits erwähnter Punkte umstimmen, so blieb ihnen nichts übrig, als diese Formel zur weiteren Litiskontestation anzunehmen oder auf die Durchführung des Prozesses vor diesem Prätor zu verzichten. War der Kläger allein der Unzufriedene, so stand er vor der Wahl zwischen Annahme dieser Formel und Denegation jeder anderen. Und der unzufriedene Beklagte hatte auch nur die Wahl zwischen Annahme der Formel und einem prätorischen „iudicium accipere cogam“.

Es könnte nun schliesslich jemand noch einwenden wollen, dass trotz aller Zwecklosigkeit eines edere formulam und trotz aller Härte für das auf Juristen angewiesene Volk dennoch eine gesetzliche Pflicht zur editio formulae aus der historischen Entwickelung ihre Erklärung finden würde, denn im Legisaktionenprozess sei doch zweifellos jeder Laie auf die Hilfe der pontifices und später der Juristen, die „verba quaedam composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent“ (Cic. pro Mur. 11), angewiesen gewesen. Dem wären entgegenzuhalten, dass ein Volk, das, was es in seiner Kindheit an starren, strengen Formen ertragen hat, wohl kaum ertragen wird und kann, wenn es zu einer solchen kulturellen und wirtschaftlichen Höhe gelangt ist, wie Rom zu Zeiten des Formularprozesses, d. h. rund im letzten Jahrhundert der Republik und den ersten zwei Jahrhunderten der Kaiserzeit. Der Civilprozess spielt für den gesamten wirtschaftlichen Verkehr eine bedeutende Rolle, und eine Zeit, die sich in der Intensität ihres Wirtschaftslebens nur mit der heutigen vergleichen lässt, bedurfte eines freien Prozesses. Ferner sei kurz darauf aufmerksam gemacht, dass es doch ein gewaltiger Unterschied ist, ob die Partei nach geschehener Aussprache (denn daran zweifelt man heute wohl nicht mehr) eine stets unabänderliche Formel

oder vielleicht noch einen der lapidaren Sätze der 12 Tafeln herzusagen hatte oder ob sie eine so schwierige juristisch-technische Abstraktion, wie sie in dem „qualis sit actio“ liegt, vornehmen musste. Vor allem aber wäre darauf hinzuweisen, dass ja der Legisaktionenprozess gerade wegen dieses Formelwesens und den daraus sich für den Nichtjuristen ergebenden Schwierigkeiten verhasst und dann beseitigt wurde und dass im Gegensatz zu ihm der Formularprozess als das freie Verfahren hingestellt wird. Es ist nicht anzunehmen, dass aus historischer Reminiszenz die Römer eine solche Zwecklosigkeit in ihren neuen Prozess neu aufgenommen und eine solche Härte des alten Prozesses in den neuen übernommen haben würden.

§ 7.

b) Die Quellen.

I. Edere actionem im allgemeinen. Postulare.

Was sagen uns nun die Quellen über die Pflicht zum edere formulam? Hätte sie bestanden, so wäre ihre Erfüllung zweifellos eine der wichtigsten „Prozessvoraussetzungen“ gewesen. Um so merkwürdiger ist es, dass — abgesehen davon, dass keine sachlichen Nachteile an ihre Versäumung geknüpft sind – sich kein einziger Fall findet, in dem auch nur von einem prozessualen Nachteil, etwa der Denegatio, die Rede ist[1]).

Ferner sei darauf hingewiesen, dass edere actionem stets nur für eine Handlung gegenüber dem Beklagten gebraucht wird, dass aber niemals gegenüber dem Prätor von einem edere formulam gesprochen wird. Es wird hier und da das postulare actionem zur Unterstützung des Beweises für eine Editionspflicht gegenüber dem Prätor herangezogen, indem es das Fordern einer bestimmten formula bezeichnen soll. Das mag es in einigen Stellen tuen, aber das erklärt sich zur Genüge daraus, dass, wie oben gesagt, der juristisch bewanderte oder beratene Kläger häufig gleich die Actio genau bezeichnete[2]). Eine Pflicht zur

---

1) So schon Lenel, Edikt, S. 49.

2) In diesem Sinne erwähnt es der Prätor selbst in seinem Edikt l. 1 pr. D. 43, 18 „si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo“.

Bezeichnung ist aber damit nicht erwiesen, schon deshalb nicht, weil es verhältnismässig sehr selten vorkommt[3]).

Für die Editionspflicht gegenüber dem Prätor wird vor allem angeführt, die sehr scharf klingende Aeusserung Ciceros pro Caec. 3:

> praetor is, qui iudicia dat, numquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit.

So wird gewöhnlich zitiert, aber dies ist ein willkürliches Herausreissen aus dem Zusammenhang. Caecina hat gegen Aebutius nicht die rei vindicatio und auch nicht das interdictum uti possidetis oder de vi angestellt, sondern das infamierende interdictum de vi armata. Cicero lässt nun einen Judex den Einwurf machen:

> potuisti enim leviore actione confligere: potuisti ad tuum ius faciliore et commodiore iudicio pervenire: qua re aut muta actionem aut noli mihi instare ut iudicem.

Einem solchen Richter wirft er Mangel an Mut und an Einsicht vor, indem er direkt weiterfährt

> tamen is aut timidior videatur, quam fortem, aut cupidior quam sapientem iudicem esse aequum est, si aut mihi praescribat, quemadmodum ius meum persequar, aut ipse id quod ad se delatum sit, non audeat iudicare.

Und dies verstärkt er durch

> Etenim si praetor is, qui iudicia dat, nunquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit: videte, quam iniquum sit, constituta iam re iudicem, quid agi potuerit, aut quid possit, non quid actum sit, quaerere!

Es handelt sich hier also nicht um eine jurististische Frage, sondern er gebraucht den Satz nur in der Form des Vergleiches als captatio gegenüber den Rekuperatoren. Damit hat er recht, dass, wenn er eine bestimmte Actio verlangt, der Prätor zunächst keinen Grund hat, ihm eine andere aufzudrängen. Das „nunquam" ist aber eine offensichtliche rhetorische Uebertreibung. Denn

3) Das Vocabularium Iur. Rom. verzeichnet nur 5 Stellen mit postulare actionem, darunter noch eine zu Unrecht, denn in l. 4 D. 47, 23 bezeichnet postulare die Postulationsfähigkeit, die mit dieser Frage gar nichts zu tun hat. Stellen aus Cicero (meist iudicium) sind Verr. 2, II, 25, 60, III, 15, 39; 65, 152; pro Quintio 19, 61, pro Tullio 53, ad fam. XV, 16, ad Att. II, 24. Auch iudicium postulare scheint in den Digesten selten zu sein. Nirgends ist von einem postulare debere oder ähnlichem die Rede. Dass man das „Iudicem arbitrumve postulo uti des" der Legisaktionen nicht hierherziehen kann, versteht sich von selbst.

schon durch jedes Vorbringen des Beklagten kann der Prätor bestimmt werden, dem Kläger eine andere Actio zu prästituieren, indem er die Denegation jeder anderen in Aussicht stellt[4]).

Ebenso handgreiflich ist die masslose Advokatenübertreibung Ciceros in der Stelle pro Roscio com. 8, 24. Fannius strengt gegen Roscius die certi condictio an. Für Roscius wäre die actio pro socio günstiger gewesen. Darum sagt Cicero:

> Fraudabat te in societate Roscius. Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae aut ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex uniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accomodatur. 25. Quae cum ita sint cur non arbitrium pro socio adegeris Qu. Roscium, quaero. Formulam non noras? notissima erat. Iudicio gravi experiri nolebas? et rel.

Um diesem Phrasengeklingel die Beweiskraft zu nehmen, genügt wohl der Hinweis auf Pomp. l. 11 D. 19, 5:

> quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur,

und auf Pap. l. 1 D. 19, 5:

> nonnunquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur.

An Stellen, aus denen man ersieht, dass der Prätor nicht verpflichtet war, gerade die verlangte Actio zu geben, seien hervorgehoben

Gai. l. 3 § 5 D. de alienatione iudicii mutandi causa facta 4, 7:

> quid ergo est, si is, adversus quem talis actio competit, paratus sit utile iudicium pati perinde ac si possideret? recte dicitur denegandam esse adversus eum ex hoc edicto actionem[5]).

---

4) Zu weit ab liegt aber die Annahme, Cicero habe durch das numquam praestituit" gerade ausdrücken wollen, dass der Prätor dem Kläger insofern niemals eine Klage aufdrängen konnte, als es diesem freistand, von jeder anderen Abstand zu nehmen, wenn er die von ihm verlangte nicht erhielt. — Vgl. auch Wlassak, Prozessgesetze I, S. 123 f.

5) Der Titel enthält keinen Hinweis darauf, dass das Edikt, die Klage etwa nur causa cognita verhiess. Vergl. Lenel, Edikt, S. 101.

Ulp. l. 1 § 16 D. 47, 4:

illud verum est si potest alias heres ad suum pervenire, non esse honorariam hanc actionem tribuendam, cum in id quod intersit, condemnatio fiat [6]).

Ulp. l. 5 § 1 D. 3, 6:

ubi autem condictio (ob turpem causam) competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem (Calumnienklage) [7]).

Ulp. l. 33 D. 39, 2:

inquilino non datur damni infecti actio, quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet.

Ulp. l. 1 § 6 D. 43, 17:

interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod est uti possidetis. actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei quod possideat.

Nicht beweiskräftig ist Paul l. 25 D. 4, 3:

placuit de dolo actionem non dari, quia aliomodo mihi succurri potest,

weil im Edikt die Klage nur „si et iusta causa esse videbitur" versprochen wird.

II. Edere und dictare formulam.

Einen viel bedeutenderen Stützpunkt hat die herrschende Meinung in dem edere und dictare formulam, actionem und iudicium, das sich als Handlung des Klägers gegenüber dem Beklagten in den Quellen nicht selten findet. Damit soll diese Pflicht des Klägers bezeichnet sein. Nun ist aber durch Wlassak meines Erachtens zweifellos nachgewiesen — einerlei ob man seine Ansicht über die Litiskontestation im übrigen teilen mag oder nicht — dass in den meisten Quellenstellen dieses edere oder dictare einen bei der Litiskontestation vorkommenden Akt bezeichnet [8]). In sämtlichen von ihm aufgeführten Stellen hat

6) Ebenso, vergl. Lenel, Edikt, S. 266.

7) Ebenso, vgl. Lenel, S. 86.

8) Wlassak, Litiskontestation, S. 46 ff. zählt diese Stellen auf. Wlassak hebt nicht hervor, dass es alle sind, die existieren, aber bei seiner Arbeitsweise lässt es sich vermuten. Für die Verbindung mit actio bestätigt dies jetzt das Vocabularium, das actionem edere und dictare nur zu viermal aufführt. Diese Stellen finden sich auch bei Wlassak. Eine besondere Bestätigung seiner Ansicht liegt m. E. in l. 112 D. 45, 1, nach welcher der Kläger bei einer Alternativobligation „quem volam",

meines Erachtens edere diesen Sinn. Der Zweifel, den Merkel und Lenel hinsichtlich Cicero, pro Quint. 20, 63:

> Fatetur enim, libellos Alfenum deiecisse, vadimonium promisisse iudicium quin acciperet in ea ipsa verba, quae Naevius edebat, non recusasse

erheben, ist nicht gerechtfertigt, wenn man die Stelle im Zusammenhang, etwa von § 60 an, liest. Cicero will den Einwurf, dass Quintius ein non defensus gewesen, abwehren, und zu diesem Zweck zeigen, dass sein Vertreter Alfenus seine Verteidigung, ohne auch nur die geringsten Ausflüchte zu machen, übernommen hatte und dass er sich nur auf die Negation des gegen Quintius geltend gemachten Anspruches beschränkt hatte. Darum schon § 61 i. f.:

> Debere tibi dicis Quintium: procurator negat. Vadari vis: promittit. In ius vocas: sequitur. Iudicium postulas: non recusat. Quid aliud sit absentem defendi, ego non intelligo.

Man beachte die rhetorische Häufung der sich gegenseitig ausschliessenden Vadimonialladung und Vokationsladung. Das Zitat § 63 enthält dann die Wiederholung der Hauptpunkte und auch hier soll nur die vollständige Bereitwilligkeit zur Verteidigung unter freiwilliger Beschränkung auf einfache Negation des Klagegrundes betont werden. Alfenus erklärt von vornherein, dass er auf jede Verhandlung in iure und Einfügung von irgend welchen Exzeptionen in die Formel verzichte und dass die Formel so, wie Naevius sie wolle, gefasst werden könne. Von einer Pflicht des Naevius zur Edition ist hier aber keine Rede und dass er gleich eine bestimmte Formel bezeichnen konnte, soll ja nicht bestritten werden.

Eine andere Stelle, die noch Bedenken erregen könnte[9]), ist Coll. 2, 6, 3. Hier sagt Paulus bei einer Besprechung des prätorischen Ediktsatzes „qui autem iniuriarum agit, certum, dicat, quid iniuriae factum sit“ und zur Erläuterung des certum und incertum

> certum autem an incertum dicat, cognitio ipsius praeto-

donec iudicium dictet, mutandi potestatem habebit. Eine solche konzentrierende Wirkung hatte nur die Litiskontestation.

9) Vergl. Lenel, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 28 (1894) S. 389.

ris est. demonstrat autem hoc loco praetor non vocem agere volentis[10]), sed qualem formulam edat.

Dieser letztere viel zitierte, aber nie erklärte, in seinem Wortlaut durch Korruption des Textes auch unsichere Satz beweist aber nichts für eine Editionspflicht, sondern nur gegen sie. Zunächst sei darauf hingewiesen, dass hier bei Bestehen einer Editionspflicht das Nächstliegende für den Prätor gewesen wäre, die Angabe der Formel zu verlangen. Er verlangt aber ausdrücklich nur die Angabe der Tatsachen „certum dicat, quid iniuriae factum sit". Ebenso wird im folgenden die Angabe der Tatsachen scharf der Formel gegenübergestellt:

sed et partem corporis demonstrat et quem in modum, pugno puta an fuste an lapide, sicut formula proposita est: quod A. Ageri mala pugno percussa est,

und weiter

item si dicat infamatum se esse debet adicere, quem admodum infamatus sit. sic enim et formula concepta est „quod N. Negidius libellum misit A. Agerio infamandi causa".

Hätte eine Pflicht zur Angabe der Formel bestanden, so wären diese Belehrungen vollständig überflüssig.

Bei den übrigen Wlassakschen Stellen könnte, wie gesagt, m. E. ein Zweifel darüber, dass sie von der Litiskontestation handeln, nicht erhoben werden. Auch die früher als indirekte Beweise für die Editionspflicht angeführten Stellen können auf Grund der neueren Forschungen nicht mehr in Betracht kommen[11]).

---

10) Denn das und nicht „agentis" wird wohl das „ageritis oder ageretis" des verstümmelten Textes bedeuten. Vgl. Gaius IV, 131a i. f. „agere volentibus" und l. 30 pr. D, 2, 14 „agere volenti" und denselben Schreibfehler bei dem „agere volet" der l. 1. D. 2, 13 in der Florentina (Facsimile). — Zu „qualem formulam edat" scheint mir praetor das Subjekt zu sein.

11) Auch die als indirekte Beweismittel angeführten Stellen haben keine Bedeutung. Insbesondere l. 5 D. 44, 2 spricht in „cum ei adversarius iudicio sistendi causa promisisset" so wie sie nun einmal dasteht, von Verfahren in iudicio. Vgl. über sie insb. Wieding § 23 S. 410, 412. Eine Polemik gegen die älteren Schriftsteller ist zweck- und erfolglos, da unsere Kenntnis über die Litiskontestation eine ganz andere ist. Dies gilt auch für die l. 10 § 2 D. 2, 11. Es ist m. E. gar nicht einzusehen, warum eine cautio für das Erscheinen in iudicio unmöglich oder überflüssig gewesen sein soll. Und für die Befugnis des Judex, ein Kontumazurteil zu erlassen, fehlt es an Quellenbeweisen. Der Prätor konnte zweifellos kontumazieren und trotzdem treffen wir im Verfahren in iure die Kautionsbestellung und nicht die

III. Die Lex 1 D. de edendo 2, 13 handelt von der Litiskontestation.

Es bliebe danach nur eine Quellenstelle übrig, in dem edere bei der in in ius vocatio gebraucht würde. Dies ist der bekannte Ausspruch Ulpians, libro IV ad edictum, l. 1 D. de edendo 2, 13. Diese Stelle gewinnt noch dadurch an Wichtigkeit, dass sie die einzige ist, die das edere als Pflicht bezeichnet (edere debet) und die einzige, die von ihm im allgemeinen handelt. Sie lautet

> Qua quisque actione agere volet, eam edere debet: nam aequissimum videtur eum, qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur. Edere est etiam copiam describendi facere vel in libello complecti et dare: vel dictare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est vel id dicendo, quo uti velit.

Sie hat der Auslegung von jeher viel Schwierigkeiten geboten, insbesondere wegen des Schlusses [12]).

Androhung der Kontumaz für den Fall des Ausbleibens im zweiten Termine. Beim Judex wäre die Befugnis zum Kontumazieren eine auffallende Erscheinung. Denn wenn irgendwo im römischen Prozess, so finden sich hier im iudicium die Reste eines schiedsgerichtlichen Verfahrens, die Anklänge an die freie Unterwerfung der Parteien lediglich unter den Rechtsspruch, nicht aber unter den Machtspruch des Urteilers. Die Formeln enthalten keinen Hinweis auf eine solche Befugnis des Judex, und es wäre doch merkwürdig, wenn uns über ein solch wichtiges Recht gar keine Nachricht überliefert wäre. Vgl. zu dieser Frage Keller, § 47, Anm. 51 und die dort Zitierten.

12) Er wird wohl mit Recht für verderbt gehalten. Mommsen will iudicando statt id dicendo setzen, Huschke und Wlassak (Zeitschr. f. Rechtsgesch. 22 S. 343, Litiskontestation S. 51) „demonstret ex quo edicto acturus est vel iudicium quo uti velit". Könnte nicht auch die Lesart „dicturus" in dem Sinn eines formelhaften „quod (sc. praetor) dicturus est" die richtige sein? Vgl. Pomponius l. 2 § 10 D. 1.2: ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset. Auch „dictaturus esset" liesse sich verteidigen und gäbe einen besseren Sinn („was er [sc. sonst] diktieren würde".) In der Florentina steht nur „et" mit einer undeutlichen Verbesserung. Liesse sich nicht nach dem Zusammenhang und in Analogie an das dicere de scripto z. B. orationem hier das dicere mit „ablesen, vorlesen" übersetzen? Der Wechsel der Konstruktion bliebe aber auch dabei auffallend. Der Gedanke an eine Textkorruption liegt allerdings auch aus anderen Gründen nahe. Denn die Stelle ist die einzige in dem ganzen Titel, die von der Klagenedition spricht, und sie geht mit § 2 in so

A. Sie spricht nicht von einer nur allgemeinen Angabe des Anspruches.

Man könnte diesen Schwierigkeiten dadurch aus dem Wege gehen wollen, dass man in der wörtlichen Uebersetzung des ersten Satzes die Beziehung auf ein formulam edere ganz leugnet. Die Stelle würde dann nur von einer Pflicht zur allgemeinen Angabe des Anspruches reden, statt dessen der Kläger noch ein übriges tun könne, indem er eine Klageschrift überreiche oder zur Abschrift vorlege oder diktire oder dem Beklagten im Album die Formel zeige. Dem widerspricht aber meines Erachtens einmal, dass es alsdann in dem Satze „Edere est etiam et rel." an einem Objekte fehlen würde, und ferner, dass alle mit „etiam" und „quoque" eingeführten Fälle eine wörtlich genaue Angabe der Actio bedeuten.

Sie kann aber meines Erachtens auch nicht von einem einleitenden edere formulam sprechen. Was sollte dann die im pr. zunächst genannte Urform des einfachen edere sein? Der § 1 [13]) steht mit seinem „edere est etiam" und „eum quoque edere" offenbar in einem Gegensatz zu dieser Urform des pr. und er nennt alle Arten, auf die man eine formula mitteilen kann, nämlich das Uebergeben einer Abschrift (libello complecti et dare), das Vorlegen einer Niederschrift zum Abschreiben (copiam describendi facere), das Diktieren und das Hinführen vor das Album und Hinweisen auf dasselbe. Soll dieser § 1 nicht eine sinnlose Wiederholung sein, so bleibt als Hauptform nur das mündliche Angeben der formula übrig. Dass hiermit die Bezeichnung der formula nur nach ihrem technischen Namen gemeint sein soll [14]),

---

merkwürdiger Weise gleich auf ein Detail der Urkundenedition über, dass sich einem die Vermutung, es sei etwas ausgefallen oder von den Kompilatoren ausgelassen worden aufdrängt. Die Basiliken (7, 18) haben denselben unvermittelten Uebergang. Eine Klarheit wird sich hier wohl kaum schaffen lassen.

13) Lenel, Zeitschrift f. Rechtsgeschichte 28 (1894) S. 387 will das etiam zu copiam describendi facere ziehen, sodass etwa übersetzt werden müsste „zum edere gehört aber weiter noch u. s w." Das halte ich aus sprachlichen und stilistischen, sowie wegen des folgenden „quoque" auch aus sachlichen Gründen nicht für zulässig.

14) Mit einer solchen Ansicht käme man zwar unsere Auffassung entgegen, denn die Formulare trugen wohl wie die Aktionen in den meisten Fällen civilrechtliche sachliche Bezeichnungen (ex vendito, emto u. s. w.) nnd nur seltener den Namen einer lex oder eines Prätors. Die Anforderung an den Kläger, dass er sich das ius selber suchen sollte und es ihm nicht gegeben wurde, bliebe aber dieselbe und darum scheint mir auch diese Auffassung unmöglich.

scheint ebenfalls deswegen ausgeschlossen, weil die mit „etiam" eingeführten Fälle alle den genauen Wortlaut verlangen. Es bliebe somit nur übrig, dass es Pflicht des Klägers gewesen, die Formel ihrem Wortlaut nach genau herzusagen. Diese unhaltbare Konsequenz wird wohl aber niemand ziehen wollen.

Ferner ist es doch auch nicht ohne Bedenken, dass nach dieser Stelle das edere actionem sich hätte zweifellos aussergerichtlich abspielen müssen. Denn dass der Prätor seine Zeit damit vergeudet hätte zuzusehen, wie die vor ihm erscheinenden Parteien zunächst sich die Formel diktierten oder abschrieben, ist nicht anzunehmen. Auch das vor das Album führen kann in iure nicht mehr geschehen sein.

B. Ihre Editionsformen.

Meiner Ansicht nach bezieht sich auch diese l. 1 D. 2, 13 auf das edere bei der Litiskontestation und bezeichnet sie gerade die Pflicht, die Formel dem Beklagten zu übergeben. Bei dieser Annahme gewinnt der erwähnte in dem „etiam" und „quoque" liegende Gegensatz einen Sinn. Das einfache edere ist die Übergabe der vom Prätor erteilten Urschrift der Formel. Statt dessen kann der Kläger auch, wenn er die Urschrift behalten will, eine der anderen angegebenen Arten wählen, Anfertigung und Uebergabe einer Abschrift (libello complecti et dare), Vorlegen zum Abschreiben (copiam describendi facere) und Diktieren. Bedenklich könnte nur der Schluss der Stelle erscheinen, weil nach diesem — einerlei, wie er nun im einzelnen gelautet haben mag — jedenfalls auch ein Zeigen des Formeltypus im Album schon genügen würde. Doch würde ich dieses Bedenken allein nicht für ausschlaggebend erachten. Denn unmöglich kann jede der aufgezählten Editionsarten auch in jedem Falle zulässig gewesen und eine rechtlich wirksame Edition dargestellt haben. Das Edieren durch dictare oder copiam describendi facere kann nur einem Schreibensfähigen gegenüber zulässig gewesen sein. Ein Unding wäre es, dem Beklagten etwas zuzumuten, dass er sich, sowie der Kläger zwecks Edition an ihn herantrat, jetzt schleunigst hätte einen Schreiber suchen müssen [15]. Ueberhaupt ist an einen Zwang gegenüber dem Beklagten nicht zu denken.

15) Oder soll auch in allen diesen Fällen die Partei auf die Hilfe der idealen römischen Juristen verwiesen werden?

Wenn er nicht freiwillig schreiben wollte, musste der Kläger eben eine andere Form der Editio wählen, libello complecti et dare oder das dare der Urschrift. Ebenso muss das producere ad album nur gegenüber einem solchen zulässig gewesen sein, der lesen konnte und der ihm freiwillig folgte. Muss man aber schon so weit in der Annahme der Uebereinstimmung zwischen den beiden Parteien gehen, dann liegt auch nichts im Wege, das producere et demonstrare nur dann für zulässig zu erklären, wenn die erteilte Formel und der proponierte Typus übereinstimmten oder der Beklagte wegen der kleinen Abweichungen keinen Einwand gegen diese Art der editio machte[16].

Diese Entwickelung der Litiscontestatio zu einem rein mündlichen Akte — mag sie nun alt oder jung sein — ist übrigens eine innerlich gerechtfertigte. Denn schon mit dem so häufigen dictare iudicium und dem copiam describendi facere ist das Prinzip der tatsächlichen Uebergabe des Formelschriftstückes verlassen. Denn vom Standpunkt des Klägers aus ist die Litiskontestation in dieser Form nur noch ein mündlicher Akt.

C. Die in ihr erwähnte Verhandlung (agere, acturus, agendum).

Man könnte nun auch, wie in der Literatur hier und da angedeutet wird, noch den sprachlichen Einwand erheben wollen, dass das „agere volet" und „acturus" sich nicht auf das Verfahren in iudicio beziehen lasse, sondern das Verfahren in iure bezeichne, da ja schon in diesem „verhandelt" oder „geklagt" werde. Demgegenüber sei zunächst auf Wlassaks Nachweis Bezug genommen, nach dem agere und petere technisch nicht das Verhandeln in iure bedeuten[17]. Ferner sei darauf aufmerksam gemacht, dass gerade Ulpian das Futurum „acturus" häufig ver-

16) Wer bei der Annahme eines einleitenden edere formulam beharren will, muss sich auch alle diese Einzelfragen vorlegen. Das dictare oder copiam describendi facere müsste da noch mehr auffallen, weil es sich dort nur um eine einleitende mit der Ladung verknüpfte Formalität handeln würde. Das producere et demonstrare würde dort auch nicht so ungezwuugen im obigen Sinne ausgelegt werden können, sondern eher dafür sprechen, dass keine konkrete Formel edirt zu werden brauchte. Denn bei der Litiskontestation ist die Sachlage schon vollkommen geklärt, bei der einleitenden Edition aber nicht, da der Kläger noch nicht die Einwände des Beklagten kennt — falls man nicht jene quellenlose oben behandelte Exzeptionenedition und damit die Pflicht zu einer ganzen Vorverhandlung annehmen will.

17) Wlassak, Zur Geschichte der Cognitur, S. 7 ff.

wendet, um einen Gegensatz zum Verfahren in iure hervorzuheben, so z. B.:

Ulp. l. 5 D. 44, 2

> ut puta si quis mandati acturus, cum ei adversarius iudicio sistendi causa promisisset etc.

und Ulp. l. 64 § 1 D. 5, 1

> si quis alio iudicio acturus iudicatum solvi satis acceperit etc.,

sowie Ulp. l. 13 § 1 D. 46, 7

> si fuero a fideiussore procuratoris stipulatus iudicatum solvi quasi in rem acturus etc.

Ferner Paul. l. 10 § 2 D. 2, 11.

> qui iniuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam etc.,

vgl. auch Jul. l. 13 D. 2, 11

> quotiens servus iudicio sistendi causa ut ipse litigaturus etc.

In allen Stellen handelt es sich um in iure geschlossene Stipulationen, die nicht für das Verfahren in iure, sondern für das folgende in iudicio, daher das Futurum, von Bedeutung sind. Dass ferner auch das „agere volet" sich nicht auf das Verfahren in iure bezieht, wird schlagend bewiesen durch Paul. l. 15 D., 46, 8.

> amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat: si iudicio petitum esset. Si autem in ius eum vocaverit et satis iudicio sistendi causa acceperit, iudicium tamen coeptum non fuerit, ego non puto committi stipulationem amplius non peti: hic enim non petit, sed petere vult.

Dass es sich hierbei um einen festen Sprachgebrauch handelt, der vermuten lässt, dass die Anfangsworte der l. 1 D. 2, 13 Ediktsworte sind, ersieht man auch aus dem Edikt in l. pr. 3 D. 47, 12 mit seinem „quicunque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. si plures agere volent etc." und dessen Erläuterung durch Ulpian in § 10 der Stelle

> si is cuius interest, sepulchri violati agere nollet, potest paenitentia acta, antequam lis ab alio contestetur, dicere velle se agere et audietur.

Von einem solchen dicere und audietur kann doch nur in einem Verfahren in iure die Rede sein, also muss agere velle die Verhandlung in iudicio bezeichnen. Ebenso hat das „qui invicem agere vellent" bei Gai. l. 34 D. 3, 3 doch nur Sinn,

wenn das Verfahren in iure schon begonnen hat und das „iudicium accipiat" der l. 35 § 3 in Frage steht, denn dann kann erst von einer Prüfung der bona fides und fraus die Rede sein. Anderenfalls müsste es doch „qui agunt" heissen[17a]). Ferner beachte man den § 2 unserer Editionsstelle mit seinem

> edenda sunt omnia quae quis apud iudicem editurus est

und überhaupt die Tatsache, dass wie in dem Digestentitel so auch bei Ulpian in demselben liber IV ad edictum die Klagenedition trotz ihrer Wesensverschiedenheit mit der Edition der Urkundenbeweise zusammen behandelt wird und dass letztere doch zweifellos nur als Vorbereitung für das Verfahren in iudicio dient. Nach alledem wird man sich der Ueberzeugung nicht verschliessen können, dass der in dem „acturus" ebenso wie in dem „proinde sciat" und „an contendere ultra debeat" liegende Hinweis auf die Zukunft sich auf das Verfahren in iudicio bezieht und somit nichts in der Stelle uns nötigt, ein dem edere der Litiskonstation vorangehendes zweites edere anzunehmen.

Anderer Ansicht ist zwar Wlassak, da auch er in der Idee eines „vorläufigen edere" seitens des Prozesslustigen befangen ist. Er weist nach, dass agere und petere häufig als Bezeichnungen des Litiskontestierens gebraucht werden, und er sieht hierin gerade ihre technische Bedeutung. Das in den Quellen nicht seltene Verwenden der Worte zur Bezeichnung der Verhandlung in iudicio[18]) erklärt er aus dem Gebrauch dieser Worte in einer zweiten umfassenden Bedeutung. Wlassak will aber auch die meisten der oben zur Erläuterung des „acturus" angeführten Stellen, sowie gerade das „acturus" und „agere volet" unserer Editionsstelle als von der Litiskontestation handelnd angesehen wissen. Mir scheint jedoch, dass sich gerade das als Gegensatz zum Verfahren in iure gebrauchte Futurum in diesen übrigen Stellen ungezwungener auf das in der Ferne liegende iudicium als auf die in der Nähe und noch in iure stattfindende Litiskontestation beziehen lasse. Sicher muss das „non petit, sed petere vult" der zitierten l. 15 D. 46, 8 sich auf das iudicium

17a) Vgl. auch das „si debitori meo velim actionem edere" Ulpians in l. 21 D. 5, 1 unten § 9, I, Anm. 3.

18) Vgl. z. B. die von ihm, Cognitur S. 10, A. 6, zitierten Stellen.

beziehen, denn der Kontrast des „si iudicio petitum esset“ zu dem „si autem in ius eum vocaverit“ ist zu markant und hier lässt sich „iudicio“ keinesfalls mit „Schriftformel“ übersetzen. Und in unserer Editionsstelle ist das „eum qui acturus est“ offensichtlich eine spezielle Ausbildung oder mindestens analoge Bildung zu dem „ille qui agit“ oder „is cum quo agitur“, das z. B. bei Marc. l. 21 D. 22, 3 oder Gaius IV. 114 deutlich im Verfahren in iudicio gebraucht wird und recht stereotyp klingt. Vor allem ist die Wlassaksche Auslegung des „acturus“ und „agere volet“ deshalb unmöglich, weil die Stelle fortfährt „ut... veniat instructus ad agendum“. Dieses „agendum“ kann nicht von der Litiskontestation gebraucht sein, denn zu dem einfachen Akte ihrer Vornahme braucht der Beklagte keine Instruktion mehr. Dagegen braucht er sie zum „Verhandeln“ und wenn dieses Verhandeln nach Wlassak selbst nicht in iure stattfand, so kann es eben nur in iudicio geschehen sein. Dass Wlassak hier von seiner eigenen und von der wörtlichen Uebersetzung des „agendum“ abweicht und es mit „Streitbefestigungstermin“ übertragen will, ist ein unzulässiges Ausweichen, das seine Erklärung aus dem Glauben an ein vorläufiges edere findet.

Somit dürfte auch nach dieser sprachlichen Seite hin festgestellt sein, dass unsere Editionsstelle am ungezwungensten sich ohne die Annahme eines vorläufigen edere erklären lässt.

D. Form und Zweck der Litiskontestation.

Auch sachlich liesse sich eine solche Auslegung der Stelle rechtfertigen. Sie würde uns gegen Wlassak — aber in allem übrigen stimme ich gegen Bekker, Lenel u. s. w.[18a]) seiner Auffassung der Litiskontestation bei — zu der Annahme führen, dass mit der Litiskontestation der Zweck verbunden gewesen sei, dem Beklagten den Formelinhalt wie eine Klageschrift mitzuteilen. Dies erscheint mir als Gewinn. Denn gegen die Annahme, dass die Litiskontestation nur ein im edere und accipere formulam liegender Formalakt sei, liesse sich m. E. immer einwenden, dass es unverständlich bleibe, wozu gerade dieser Formalakt nötig wäre[19]). Zweifellos musste der Prätor am Schluss der Ver-

18a) Auch gegen Hölder, dessen Dekanatsprogramm „Die Litiscontestatio des Formularprozesses, Leipzig 1903“ jetzt während des Druckes erschienen ist.

19) Vgl. zu den folgenden Bekker, Ueberschau S. 16 ff., 36 ff. (= Zeitschrift für Rechtsgeschichte 28 (1894).

handlungen über die Formelgestaltung die Parteien fragen, ob sie nun mit der so gefassten Formel einverstanden wären oder ob noch jemand etwas daran auszusetzen habe. Und zweifellos war mit der erfolgten Bejahung der Konsens erklärt und insbesondere das Judicium vom Beklagten tatsächlich accipiert. Welche Veranlassung hatten nun die Römer, zu diesem Konsens noch einen Formalakt zu fügen? Die Sinnfälligkeit war genügend durch das Geben der Formel seitens des Prätors gewahrt. Die Sicherheit gegen ein späteres Bestreiten des Konsenses in iudicio war ebenfalls durch das Erteilen der Formel und durch deren amtliche Niederschrift gewährleistet. Die Rudimente eines Schiedsgerichtes lagen schon in dem nötigen Konsens. Dass die Römer darüber hinaus in Erinnerung an das Schiedsgericht das Erteilen der Formel durch den Prätor pro nihilo geachtet hätten und darum das edere und accipere als stillen Protest geschaffen hätten, ist eine unwahrscheinliche Annahme[20], da doch zweifellos das Erteilen der Formel der wichtigste Akt im ganzen Prozess war und da mit dem Augenblick, wo der Prätor sein Bereitsein zum Erteilen erklärte, dem Beklagten tatsächlich nichts übrig blieb, als seine Zustimmung zu erklären, wenn er sich nicht dem cogere durch den Prätor aussetzen wollte. Der Zweck kann auch nicht gewesen sein, das Bestreiten der Tatsache der Formelerteilung selbst zu erschweren. Denn dieser Beweis war am schnellsten und einfachsten durch Nachfrage beim Prätor zu erlangen. Ausserdem wäre das edere et accipere allein dazu nicht geeignet gewesen, da es selbst ebenfalls bestritten werden konnte.

Viel wahrscheinlicher als bei allen diesen mehr spekulativen Erwägungen müsste uns das edere et accipere erscheinen, wenn es einen realen praktischen Zweck hätte, und dieser wäre in dem Ulpianischen „ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur“ gefunden. Der Kläger hat sich, vordem er zur Klage schreitet, seine Sache überlegt. Er weiss, was er will. Der Beklagte ist dem plötzlichen, unvermuteten Angriff ausgesetzt. Zunächst wehrt er sich, indem er den Anspruch bestreitet, sei es aus Vorsicht, sei es, weil er sich

20) M. E. widerspricht ihr auch die ganze gewaltige Macht, die der Prätor im Prozess hatte. Wie diese Abhandlung zeigen soll.

die Sache noch nicht genügend, auch vom Standpunkt des Klägers aus, überlegt hat. Die erste gegenseitige Aussprache vor Gericht bringt schon mehr Klarheit und die Folge ist, dass, wenn es auch noch nicht im ersten Termin zum Anerkenntnis kommt, doch hinterher der Beklagte dem Kläger nachgibt. Das ist eine alltägliche Erscheinung vor den Gerichten, die in Rom nicht anders gewesen sein wird wie bei uns, vielmehr dort wegen des präzisen eindringlichen Formelwortlautes „si paret — condemna" noch häufiger vorgekommen sein wird. Aus diesem Sinne heraus mag das „utrum cedere an contendere ultra debeat" von Ulpian geschrieben sein. Es entspricht dies auch der sonstigen Organisation des römischen Prozesses. Denn wozu soll die lex Pinaria[21]) die Frist von 30 Tagen zwischen die Litiskontestation und die Judicis datio gelegt haben, während doch im übrigen der römische Prozess mit seinen Interrogationen, Stipulationen, Komperendinationen u. s. w. auf möglichst grosse Beschleunigung des Verfahrens angelegt ist? Meiner Ansicht nach haben wir auch hier eines jener, von den Römern so oft psychologisch fein ersonnener Mittel, durch welche sie ihren Zweck ohne Zwang erreichten. Das Judicium ist konstituiert und steht mit seinen eventuellen Prozessstrafen dem Beklagten in sicherer Aussicht. Alle seine Einwendungen stehen in der Formel, und weitere Ausflüchte sind ihm abgeschnitten. Der erste Aerger über den Angriff ist verflogen. Am Ende der Frist geht das Verfahren auch nicht klanglos in das Judicium über, sondern der Kläger erscheint nochmals und holt den Beklagten erst ad iudicem capiendum. Es wird sich nicht bezweifeln lassen, dass alles dies manchen Beklagten noch nachträglich zur Befriedigung des Klägers, zum cedere veranlasste. Die entstandene Prozessobligation wurde alsdann durch acceptilatio getilgt oder durch stipulatio unschädlich gemacht.

Umgekehrt war für das „venire instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur" der Besitz einer formula wichtig, da es auf jedes Wort derselben ankam. Hier ist die Statuierung einer Pflicht des Klägers, dem Beklagten die Formel zu ver-

21) Wlassak, Prozessgesetze II, S. 39, 54, 197, 207, Litiskontestation S. 71 ist zwar der Meinung, dass die lex Pinaria nur für den Legisaktionenprozess gegolten habe. Ich glaube es nicht, jedoch darüber später. Hier kommt es schliesslich nicht darauf an, da jedenfalls das iudicium sich nicht unmittelbar an das Verfahren in iure anschloss, sondern einige Zeit dazwischen lag.

schaffen, die einfachste Lösung aller entstehenden Fragen[22]). Dass der Beklagte sie sich selbst sogleich nach dem Ausspruch des Prätors hätte aufzeichnen können, ist keine befriedigende Lösung. Denn das setzt Schreibkunde oder Hilfe eines Schreibers und die äusseren Erfordernisse einer Schreibgelegenheit voraus. Davon, dass der Prätor zwei Exemplare der Formel erteilt hätte, wissen wir nichts; auch ist es unwahrscheinlich, da das iudicium nur einem, dem Kläger, gegeben wird. Ebenso ist uns nichts darüber überliefert, dass der Beklagte eine Abschrift hätte aus der Kanzlei beziehen können. Denkbar wäre es ja, insbesondere in der späteren Zeit. Aber das natürlichste ist wiederum, dass diese Last auf den Kläger abgewälzt wurde, um der Behörde unnötige Arbeit zu ersparen[23]). Auch ist daran zu erinnern, dass wir ja bei der einfachsten und wohl ältesten Art der Litiskontestation das „edere" formulam, die Uebergabe des Schriftstückes haben. Es ist aber doch kaum anzunehmen, dass der Akt so rein formell gewesen wäre, dass der Beklagte die Formel nach Erledigung der Sollenität wieder dem Kläger hätte zurückgeben müssen. Es ist mir nicht recht erklärlich, warum Wlassak, der m. E. Wesen und sachliche Bedeutung der Litiskontestation sonst so scharf erkannt und uns damit in der Kenntnis des römischen Prozesses um ein so gewaltiges Stück vorwärts gebracht hat, von der Annahme einer solchen realen Pflicht des Klägers nichts wissen will.

Es muss ihm aber noch in einem anderen Punkte widersprochen werden. Nach Wlassak soll die Uebergabe der Formel in iure erfolgen, und er verwahrt sich gegen Landsberg ausdrücklich dagegen, dass sie nicht aussergerichtlich geschehen könne[24]). Jedoch missverstehen sich vielleicht Wlassak und Landsberg. Es ist hier m. E. die sachliche Bedeutung von in iure als Verfahrensabschnitt und die örtliche als Gerichtsstelle zu trennen. Die Frage ist, ob die Uebergabe noch während der Verhandlung in iure und angesichts des Prätors unter dessen

22) Darum auch die Gleichstellung dieser Formeledition mit der Urkundenedition und ihre Zusammenbehandlung, die sich nicht so zwanglos erklären lässt, wenn die l. 1 von der in ius vocatio handeln soll.

23) Heute ist es ebenso. Man denke an den umgekehrten Fall, dass der Kläger mit der Urschrift der Klage zugleich eine Abschrift für das Gericht einreichen muss und dass nicht dieses selbst sich die Abschrift nimmt.

24) Wlassak, Prozessgesetze II, Vorwort IX.

passiver Assistenz stets hätte erfolgen müssen. Das kann man m. E. nicht annehmen. Allerdings bei dem Urfalle des tatsächlichen edere wird dies die Regel gewesen sein und wird der Kläger die vom Prätor empfangene Formel sofort dem Beklagten überreicht haben. Bei der Weiterbildung der Edition durch dictare, libello complecti et dare („Anfertigen einer Abschrift und Uebergabe derselben") und copiam describendi facere[25]) scheint mir dies sehr unwahrscheinlich, denn es wäre eine zwecklose Belastung des Termins des Prätors gewesen. Der Prätor hatte von dem Konsens des Beklagten schon Kenntnis genommen. Was hätte seine weitere passive Assistenz bezwecken sollen? Sollte sie den Beklagten an seine Zusage erinnern und verhüten, dass er etwa doch noch nachträglich das iudicium zurückwies? Ich glaube, einem solchen Locken gegen den Stachel des iudicium cogere gegenüber fühlte sich der Prätor seiner Autorität doch sicher genug, um auf diesen Eindruck seiner persönlichen Gegenwart verzichten zu können. Also des dictare und seiner Abarten wegen wird man annehmen müssen, dass die Litiskontestation zwar sachlich zum Verfahren in iure gehörte, dass aber örtlich sie nicht gerade unter den Augen des Prätors erledigt werden musste. Dann aber konnte sich diese Schlussscene auch gerade so gut vor dem nicht weit entfernten Album abspielen. Im letzten Falle — man denke an Ehrenmänner, die sich gegenseitig vertrauten und sich den Formalismus ersparen wollten, die vielleicht selbst oder deren juristische Berater die gegebene Formel genau kannten — hätten wir demnach eine mündliche Litiskontestation. Diese Abart kann nicht befremdlich erscheinen, denn, wie oben ausgeführt, schon aus dem dictare ersieht man, dass der Kläger nicht beliebig unter den Editionsarten wählen durfte, sondern dass die Anwendung jeder von der Urform abweichenden Art das Einverständnis des Beklagten voraussetzte.

25) Auch Wlassak nimmt deren Vorkommen bei der Litiskontestation als wahrscheinlich an. Sie hatten ihren guten Grund. Kläger behielt dadurch die amtliche Urschrift in der Hand und schnitt dem Beklagten damit in iudicio allerlei denkbare Ausflüchte ab, z. B. er habe das ihm edierte Urexemplar verloren oder es sei verbrannt u. s. w., aber er bestreite, dass der Prätor eine solche Formel gegeben habe, wie Kläger sie jetzt vorlege u. dgl. — Ob nicht das „scribere dicam" bei Plautus, Terenz und Cicero in Verrem, insb. II 15, 37 ein Analogon zum libello complecti et dare ist?

E. Der Zeugenaufruf. Festus.

Diese Auffassung passt schliesslich auch zu der Wortbedeutung von litiscontestatio und damit zu der bekannten Festusstelle

> contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere volet: Testes estote!

Wlassak hat darin vollkommen recht, dass die Zeugen unmöglich erst dann aufgerufen werden können, wenn der zu bezeugende Akt schon vorbei ist, sondern dass dies den Zweck haben muss, ihre Aufmerksamkeit auf die Zukunft zu lenken. Während aber die Bezeugung eines Aktes, der nichts als Solennität war, merkwürdig erscheinen muss, wenn in dem Prätor schon der klassischste aller Zeugen da ist, so hat es einen guten Grund, wenn der Kläger Zeugen dafür aufruft, dass er eine ihm noch obliegende Pflicht gegenüber dem Beklagten, nämlich die Uebergabe der Formel als Klageschrift, erfüllen werde. Und die Bezeugung ist noch nötiger, wenn der Litiskontestationsakt an anderer Stelle geschieht und nicht mehr unter den Augen des Prätors oder wenigstens nicht mehr, solange dieser noch zur Aufmerksamkeit gegenüber Handlungen der Parteien verpflichtet war (da für ihn das Verfahren bereits abgeschlossen war). Die Zeugen fanden Verwendung, wenn etwa im Eingang des iudicium der Beklagte bestritt, dass der Kläger der Editionspflicht genügt habe. Auch wenn ein hartnäckiger Beklagter bei der Litiskontestation auf der Uebergabe der Urschrift bestand, wird der Kläger sich eine Abschrift zurückbehalten haben und deren Uebereinstimmung mit der Urschrift durch die Zeugen haben konstatieren lassen, um so etwaigen Fälschungen und daraus sich ergebenden Weiterungen oder Verschleppungen vorzubeugen. Zum gleichen Zweck wird sie der misstrauische Beklagte, der nur eine Abschrift erhielt, verwendet haben. Daher auch Gaius IV. 141 „editis formulis.“ Analoges gilt für alle Editionsarten. Auch hatte unter Umständen der Beklagte ein Interesse daran, dass der Kläger nun nicht den Prozess in diesem Stadium liegen liess und wird er sich die Erfüllung der Litiskontestation zu diesem Zweck haben bezeugen lassen.

Die litiscontestatio braucht man also bei dieser Auffassung durchaus nicht als ein Residuum aus dem höchst unsicheren Legisaktionenprozess zu betrachten, sondern sie erscheint als ein recht praktisches Institut und darum werden auch Parteien, die juristisch beraten waren und die Formeln und ihre Bedeutung

genau kannten, bei der Uebergabe der Formel den Zeugenaufruf „gepflogen haben“ [26]).

F. C. un. C. 3, 9 und c. 3. C. 2, 1.

Auch zu der verstümmelten constitutio der Kaiser Severus und Antoninus aus dem Jahre 202 p. C. (l. un. C. 3, 9 und l. 3 C. 2, 1) [27]) passt unsere Hypothese, denn m. E. bezeichnet in dem Abschnitte

> inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest

das edere actionem wie bei Gaius IV, 141 die Verlegung der formula vor dem iudex. Die Stelle handelt somit von einem Fall, in dem dem Kläger zwar die Actio vom Prätor gegeben war (postulatio simplex celebrata) [28]) und deshalb auch dem Beklagten der Anspruch nicht bloss im allgemeinen bekannt war (actionis species ante iudicium reo cognita) [29]), in dem aber der Kläger die formelle Uebergabe der Litiskontestation versäumt hatte. Diese Versäumung der Editionspflicht konnte aber nicht durch die Editio vor dem iudex nachgeholt werden. Dagegen in dem anderen Bruchstück

> edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas

scheint mir edita actio die Litiskontestation zu bedeuten [30]). Darauf deutet, dass durch das „prout“, „monet“, „aequitas“ aus-

26) Festus sagt deshalb „solet“, was natürlich zu der Annahme eines unpraktisch gewordenen Residuums nicht stimmt. Darum hätte es Bekker a. a. O. (Ueberschau) S. 18 gern in „solebat“ verbessert, aus dem ein Abschreiber vielleicht einmal „solet“ gemacht haben soll. Der Text spricht also für uns.

27) Vgl. Wlassak, Litiskontestation, S. 45 f.

28) Was zu der anderen Erklärung nicht passt. Vgl. Wlassak, Litiskontestation, S. 45, Lenel, Edikt, S. 50.

29) Da die Sprache dieser Konstitution überhaupt keine klare und prägnante ist, könnte man auch an die unklare Gegenüberstellung folgender zwei Fälle denken: 1. Der Beklagte hat erst durch die Verhandlung in iure die Formel kennen gelernt. 2. Er hat sie beim Vadimonium kennen gelernt (infolge der tatsächlichen Uebung bei Prozessen mit Anwälten; ein solcher ist zu vermuten, da die Sache bis an die Kaiser ging) und sie ist später auch nicht in iure verändert worden. Beides, sagen die Kaiser, genügt aber nicht.

30) Zimmern III, § 113, S. 345 will es zwar mit „bloss die species“ übersetzen. Jedoch glaube ich, dann würde in der Stelle das auch sonst nicht seltene „genus actionis“ stehen.

gedrückte Erschweren einer Emendation oder Mutation hin[31]). Denn dass der Kläger allein an seine beim Vadimonium edierte formula hätte gebunden sein sollen, während sie durch Einwände des Beklagten und durch den Prätor hätte geändert werden dürfen, ist doch eine unmögliche Annahme. Ihr widerspricht, dass wir sonst Konzentrationswirkungen nur bei der Litiskontestation zu finden gewöhnt sind, wie z. B. in l. 112 D. 45, 1.

donec iudicium dictet, mutandi potestatem habet

bezeugt wird. Das „futurae litis" ist nicht auffallend, da der Prozess erst nach 30 Tagen weiter geht[32]). Auch der Wechsel in der Bedeutung des edere liesse sich erklären. Das erste mit „lis enim tunc videtur contestata" schliessende Bruchstück gab eine leider verlorene Beschreibung der Litiskontestation, bei der sicher die verschiedene Bedeutung von edere aufgeklärt und die Wirkung der Litiskontestation erklärt wurde. Auf letzteres weist das „res iudicium deducta non videtur" hin. In unserem letzten Bruchstück wurde dann auch noch vom Zweck (speciem futurae litis demonstrare) und von der Wirkung (non „emendari vel mutari" gesprochen.

G. Ergebnisse hinsichtlich der Litiskontestation.

Es seien hier unsere Ergebnisse über das Wesen der Litiskontestation zusammengestellt. Sie ist ein reiner Parteiakt und geschieht durchaus nicht etwa durch den Prätor. Sie ist auch nicht etwa der ideelle Endpunkt des Verfahrens in iure, sondern sie ist ein rein realer Akt. Sie ist aber kein blosser Formalakt, sondern sie hat den realen Zweck, dem Beklagten die genaue Fixierung des Streites zu übermitteln, damit er sich die Sache nochmals überlegen und nachgeben oder anderenfalls sich zum weiteren Prozess vorbereiten kann. Sie muss örtlich nicht vor dem Prätor geschehen, sondern sie geschieht vor Zeugen. Sachlich gehört sie aber zum Verfahren in iure. Ihre Urform, auf deren Erfüllung der Beklagte ein Recht hat, ist das edere formulam, d. h. Uebergabe der vom Prätor erteilten Urschrift. Mit Uebereinstimmung des Beklagten können auch andere Formen gewählt

31) Beispiel für eine nach der Litiskontestation geschehende Emendation mag das Nachbringen von Urkunden sein, vgl. l. 1 § 5 D. 2, 13 und für eine Mutation sei auf das mutare eines procuruator verwiesen.

32) Vgl. auch das S. 55 zitierte „hic enim non petit, sed petere vult" der l. 15 D. 46, 8.

werden, so das Uebergeben einer Urschrift, das Abschreibenlassen und das Diktieren. Ja sogar eine rein mündliche Litiskontestation durch Zeigen der Formel im Album ist bei Einverständnis des Beklagten möglich.

IV. Gesamtergebnis dieses Abschnittes.

Wir haben somit festgestellt, dass das edere formulam nur bei und nach der Litiskontestation vorkommt und nicht die Form der Klageerhebung ist. Als gesetzliche Form der letzteren bleibt somit — da das Vadimonialverfahren nur eine auf Parteivereinbarung beruhende Einleitungsform ist — die in ius vocatio. Das Erscheinen der Parteien vor Gericht birgt sie in sich und es erübrigt sich somit eine Prüfung ihres Vollzuges. Nur beim Versäumnisverfahren kann ihre Feststellung und Beweis in Frage gekommen sein [33]. Dagegen gehört die absolute oder relative Exemtion gewissen Personen gegenüber einer in ius vocatio [34], die man versucht sein könnte hier heranzuziehen, nicht zu ihrer formellen Seite, sondern ist materieller Natur. Somit kann man in dem regelmässigen Prozess nicht von einer Prüfung der Form der Klageerhebung sprechen.

---

33) Von einer denegatio actionis kann hier aber nicht die Rede sein, weil das Versäumnisverfahren nicht per formulam vor sich ging.

34) Vgl. oben § 4, IV.

V. Denegatio aus Gründen, deren Prüfung auch in Iudicium hätte überwiesen werden können.

---

§. 8.

1. Ueberblick.

Ein Rückblick auf die bisher behandelten Quellen zeigt, dass es im Formularverfahren Dinge gibt, die nur in iure behandelt wurden, und insoweit ist Bülows Ansicht zu bestätigen. Als solche fanden sich die Zuständigkeit, die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Prozessfähigkeit der Parteien. Es sind dies Vorbedingungen jedes Prozesses, von deren Vorhandensein jede weitere Verhandlung und Entscheidung abhängig ist. Früher nannte man sie „Faktoren des Prozesses", seit Bülow bezeichnet man sie als „Prozessvoraussetzungen". Man kann schliesslich auch vom Bülowschen Standpunkte aus die Innehaltung der für die Klageerhebung vorgeschriebenen Form als Prozessvoraussetzung auch für den römischen Prozess vindizieren. Denn die Handlung der in ius vocatio ist stets nötig, um die Prozessmaschine in Gang zu setzen, mag sie auch immer schon durch das einfache formlose Geschehen eine Prüfung ihrer Erfüllung unnötig gemacht haben.

Aber Bülow war es nicht bloss darum zu tun, die Klageerhebung in den ersten Teil der üblichen systematischen Behandlung des Civilprozesses unter die Faktoren des Prozesses zu versetzen und sie aus dem zweiten, von der Kombination dieser Faktoren zum Verfahren handelnden Teil zu entfernen. Vielmehr sah er — um die modernen weniger wichtigen Nebenpunkte bei

seite zu lassen — in diesen vier Prozessvoraussetzungen „die konstitutiven Elemente“ des bekannten „Prozessrechtsverhältnisses“, jenes dreieckigen Rechtsverhältnisses zwischen Staat, Kläger und Beklagten [1]). Um dieses Prozessrechtsverhältnis, das seit jener Zeit als reiner Geist ohne Mark und Knochen durch die Prozessliteratur dahinschleicht und sich nie und nirgends fest greifen lässt, war es ihm vor allem zu thun. So mag der Wunsch, nachweisen zu können, dass das Prozessrechtsverhältnis einmal praktisches reales Leben gehabt habe, auch der Vater gewesen sein des Bülowschen Gedankens, dass in iure nur über diese Prozessvoraussetzungen und in iudicio über alles andere verhandelt worden sei. Dem ist aber nicht so. Der Prätor konnte vielmehr auch vom sog. materiellen Streitverhältnis alles, was er wollte, in iure schon untersuchen und daraufhin eventuell die denegatio aussprechen. Damit fällt natürlich das einzige historische Beispiel, das Bülow für die praktische Verwendung seines Prozessrechtsverhältnisses geben konnte.

Wie schon erwähnt [2]), ist die Tatsache, dass der Prätor auch das materielle Streitverhältnis in den Bereich seiner Kognition in iure zog, niemals verkannt werden, und wurde sie auch sogleich von der Kritik Bülow entgegengehalten, freilich ohne, dass die daraus resultierenden Konsequenzen gegen Bülow geltend gemacht wurden. Aber über den Umfang dieser prätorischen Befugnis war man sich nicht im klaren. Die vielen Versuche die „Gründe zur Denegation“ einzeln aufzuzählen, zeigen, dass man im Prinzip den Prätor für gebunden erachtete, die Sachkognition dem Judex zu überweisen. Diesen Standpunkt nehmen alle bisherigen Gesamtdarstellungen des Civilprozesses ein.

In neuerer Zeit ist man dagegen in Romanistenkreisen, wie oben ausgeführt, wohl infolge besserer Würdigung der staatsrechtlichen Stellung des Prätors über die weite Ausdehnung des Denegationsrechtes zu klareren Anschauungen durchgedrungen. Es gilt jetzt diese mehr apodiktischen Aeusserungen durch Darlegung der Quellen zu begründen und damit zugleich noch etwa

---

1) „Iudicio contrahitur“ zitiert er dabei. Es wäre gut, wenn sich die moderne Prozesswissenschaft dieses Herauswachsen seiner Lehre aus dem römischen Rechte vor Augen hielte, zugleich aber auch den gewaltigen Unterschied zwischen dem Prozessrechtsverhältnis unserer modernen Theorie und dem iudicio contrahere, für dessen Erkenntnis Wlassaks Arbeiten so fruchtbringend waren, beachtete.

2) Sie oben § 2.

vorhandene Zweifel, z. B. darüber, ob der Prätor auch im iudicium legitimum oder auch bei civilen Klagen zur Denegation befugt war, zu beseitigen. Eine solche Quellendarlegung wird auch Rückfälle in frühere Irrtümer[3]) für die Folgezeit ausschliessen und wird uns vor allen erst in den Stand setzen, von einem höheren Gesichtspunkte aus der Frage näher zu treten, ob die Denegation nur ein mehr tatsächlicher Ausfluss des prätorischen Imperiums ist oder ob in ihr tiefere prozesspolitische und prozessorganisatorische Prinzipien liegen.

Bei der Wiedergabe der Quellen lässt sich aber hier nicht ein inneres Prinzip und eine gegliederte Systematik verfolgen, denn wie die Gründe, aus denen eine Klage abgewiesen wird, unendlich verschiedene sein und auch die gleichen Gründe in verschiedenen Prozessen unter unzählige Rechtskategorien fallen können, so ist es auch bei der denegatio. Es sei deshalb darauf hingewiesen, dass in der folgenden Darstellung kein Wert auf die äussere Gruppierung zu legen ist, denn diese konnte nur versuchen, einigermassen das Aehnliche unter häufiger wiederkehrenden Gesichtspunkten rein äusserlich zu vereinigen, um so die Uebersicht zu erleichtern.

§ 9.

2. Den Anspruch als solchen betreffende Gründe.

I. Befriedigung und Verwandtes.

Der Prätor denegiert die Actio, wenn Kläger auf Klageerteilung bestehen will, trotzdem Beklagter noch in iure die Erfüllung des Anspruches anbietet, so Ulp. l. 30 D. 46, 3:

> si debitor offerret pecuniam, quae peteretur nollet creditor accipere, praetor ei denegat actiones.

Spezialanwendungen dieses Satzes finden sich für den Fall, dass auf der Klägerseite ein Prokurator auftritt, Paul. l. 73 D. 3, 3:

> si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam solvere, procuratore agente quid fieri oportet? nam iniquum est cogi eum iudicium accipere,

---

3) Ein solcher liegt m. E. in der Wengerschen Auffassuug. Er sagt zwar nicht, dass das Denegationsrecht beschränkt sei und würde den Gedanken vielleicht auch ablehnen, aber bei der Durchführung seiner Thesen würde man dazu kommen.

wobei die Schwierigkeit, die darin liegt, dass ein procurator zur Empfangnahme von Geldern nicht befugt ist, durch Disposition des Geldes in aede sacra und die als selbstverständlich nicht erwähnte eventuelle Denegation gelöst wird. Ein anderer Spezialfall[1]) ist das Anbieten von Teilzahlungen, Jul. l. 21 D. 12, 1:

> quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, et reliqua persequi,

da Teilleistungen nicht angenommen zu werden brauchen, jedoch

> humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur,

wobei in klarer, gerade für unsere Frage bedeutsamer Weise der Grund dafür angegeben wird, dass der Prätor die Sache nicht erst an den iudex gehen lassen soll

> cum ad officium eius pertineat lites deminuere[2]).

Ebenso wird das Ueberflüssige, Zwecklose, rein Formale eines Judiciums hervorgehoben, zugleich aber auch angedeutet, dass trotzdem dessen Anordnung nicht unmöglich wäre, bei Ner. l. 16 D. 46, 7:

> ex iudicatum solvi stipulatione ob rem non defensam cum uno ex fideiussoribus agere volo: is quod pro parte eius fit, solvere mihi paratus est: non debet mihi in eum dari iudicium neque enim aequum est aut iudicio destringi aut ad infitiationem compelli eum, qui sine iudice dare paratus est, quo non amplius adversarius eius per iudicem ab eo consecuturus est.

Noch weiter in der Prozessverweigerung geht dann Ulp. l. 21 D. 5, 1:

> si debitori meo velim actionem edere[3]), probandum est, si fateatur se debere paratumque dicat solvere, audiendum eum dandumque diem cum competenti cautela,

---

1) Auch Ulp. l. 21 § 12, D. 4, 8 et tamen inquit (Celsus) et si dederit (die Hauptleistung) ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu (Pönalstipulation) non poterit" lässt sich hier anführen, da das „ante acceptum iudicium" und das vorausgehende „poena statim peti potest" auf Leistung während des Verfahrens in iure hinweisen.

2) Das deminuere ist nicht mit „Herabsetzung des Streitobjektes" zu übersetzen. Denn in jener Zeit gab es keine Sporteln, daher war die Höhe des Objekts gleichgültig. Gerade das unsichere „humanius facturus videtur praetor" beweist, dass der Jurist einen eigentlich ausserhalb des Falles liegenden Gedanken zur Unterstützung seiner Ansicht heranzieht, nämlich den, dass der Prätor für Verringerung der Zahl der Prozesse sorgen soll.

3) Vgl. das „hic enim non petit, sed petere vult" der l. 15 D. 46, 8, S. 55.

denn hier liegt also nicht einmal Barangebot vor und trotzdem wird die actio verweigert. — Hier ist auch anzuschliessen die vielumstrittene Pomp. l. 32 § 4 D. 16, 1:

> si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, quoniam senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debebit exceptione se non usurum et sic ad iudicem ire,

bei der es sich um ein durch den Prozessausgang bedingtes Zahlungsangebot handelt.

Dies waren Fälle, in denen die Denegation erfolgte, weil der Beklagte sich zur Befriedigung des Anspruches erbot. Die Denegation lässt sich ferner nachweisen in Fällen, in denen der Anspruch des Klägers bereits materiell erfüllt ist, in denen aber noch an das Bestehen eines formellen Klagerechtes gedacht werden könnte. So z. B. Jul. l. 20 § 1 D. 38, 2:

> si Titio legatum fuisset eiusque fideicommissum, ut patrono restitueret, denegatur legatorum actio Titio, si patrono pro debita parte a scripto herede fuerit satisfactum.

Für die prozessuale Verwendung des denegare spricht m. E. pr. und § 4 des Fragments. Die prozessuale Lage ist leicht verständlich. Eine Sachprüfung ist allerdings nötig, denn der Kläger braucht von der erfolgten Auszahlung nichts zu wissen oder hatte ein Interesse daran, dass die Auszahlung durch ihn erfolge. Das Zuziehen einer Person genügt, um Klarheit zu schaffen. — Ferner Ulp. l. 22 § 3 D. 24, 3:

> si pater filia absente de dote egerit, etsi omissa sit de rato satisdatio, filiae denegari debet actio, sive patri heres exstiterit, sive in legato tantum acceperit, quantum dotis satis esset,

denn die Tochter muss sich alles vom Vater Erlangte als Erfüllung anrechnen lassen. Für den prozessualen Gebrauch spricht § 6 des Fragmentes. — Ein ähnlicher Fall ist Scaev. l. 41 § 11 D. 3, 2 (Vergl. aber unten S. 90 unter III.):

> idem quaesiit, an . . mulieri persecutio fideicommissorum deneganda sit.

Auch in Paul. l. 1 D. 47, 8:

> sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti; si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur

ist Grund der Verweigerung die materielle Befriedigung. — Ebenso verhält es sich, wenn der eine Solidarschuldner schon geleistet hat, trotzdem aber noch ein anderer verklagt wird, z. B. Ulp. l. 3 D. 11, 6:

> si duobus mandavero et ambo dolose fecerint, adversus singulos in solidum agi poterit, sed altero convento si satis fecerit, in alterum actionem denegari oportebit.

Dieser Stelle entspricht das non denegare bei mehreren falschen Vormündern Paul. l. 8, 27, 6:

> et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam in id quod deest Sabinus scribit.

Aus gleichen Gründen finden wir die Denegation im Noxalrechte, wie bei Ulp. l. 3 pr. D. 47, 6:

> plane si emptor (des Sklaven) praestiterit, puto denegandam in venditorem actionem, quodammodo enim hoc a venditore praestitum est, ad quem nonnunquam regressus est ex hac causa,

oder bei Paul. l. 31 D. 9, 4:

> ut puta si ex pretiis noxae deditorum duplum colligatur, sequentes actiones inhibeantur,

und Ulp. l. 14 § 1 D. 9, 4, wo der Fall einer Mehrheit der Gläubiger „si quis a multis conveniatur ex noxa eiusdem servi" behandelt wird:

> ei itaque dedetur non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit: et ideo ei qui postea vicerit, actionem denegari iudicati.

II. Verstoss gegen Sitten und Gesetz.

Häufig findet sich auch die Denegation, wenn der geltend gemachte Anspruch contra bonos mores ist. In unklarer Weise verknüpft Pernice[4]) diese Denegationsfälle mit dem öffentlichen Recht. Weil der Prätor nicht bloss iuri dicundo praeesset, sondern ein Magistrat des römischen Volkes gewesen sei, habe er alle Klagen, die gegen regulae iuris publici oder die communis utilitas gewesen wären, zurückweisen müssen und nicht einmal gewohnheitsrechtlich hätte er einen iudex bestellen können, denn über eine publica causa habe ein solcher nicht judizieren können. Aus den sogleich anzuführenden Stellen wird man aber ersehen,

4) Observatiuncula, p. 7.

dass die Abgrenzung der communis utilitas gar nicht durchführbar ist. Massgebend scheint für Pernice Pomp. l. 27 pr. D. 45, 1 gewesen zu sein

> (Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti) veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari.

Es ist gar nicht einzusehen, warum hier an ein spezielles officium des Prätors gedacht werden soll. Es ist dasselbe officium, das wir in der l. 21 D. 12. 1 „cum ad officium eius pertineat lites deminuere" kennen gelernt haben[5]). Auch lässt sich der in dem „sed et officio quoque" zu Tage tretende Gegensatz nur so verstehen, dass der Prätor unter Umständen z. B. bei verwickelter Sachlage gerade so gut einen Judex bestellen konnte. Denselben Grundsatz wie in dieser Stelle finden wir bei Ulp. l. 1 § 5 D. 4, 3:

> idem Pomponius ait, et si actionem in nos dari non oporteat, veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, ut nemo daturus sit ex ea actionem, non debere laborare, ut habeam de dolo malo actionem, cum nemo sit adversus me daturus actionem.

Auch aus Cels. l. 97 § 2 D. 45, 1:

> si tibi nupsero, decem dare spondes? causa cognita denegandam actionem puto nec raro probabilis causa eius modi stipulationis est

ist nicht abzuleiten, dass der Prätor die Pflicht gehabt habe, stets eine causae cognitio vorzunehmen und erst dann die actio zu geben. Vielmehr liegt der Nachdruck in der Stelle darauf, dass der Prätor nicht gleich ohne weiteres auf den Wortlaut der Stipulation hin die Actio denegieren soll, sondern erst prüfen möge, ob nicht doch ein schutzwürdiges Interesse sich hinter der unsittlich klingenden Vereinbarung birgt. Einen ähnlichen Fall enthält Pap. l. 71 § 1 D. 35, 1, nach welcher die Zuwendung eines Vermächtnisses an Titius unter der Bedingung, dass er jemanden heirate, gültig ist, während bei dem Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall

5) Siehe S. 69 bei Anm. 2.

si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat.

Selbstverständlich ist es, dass der Prätor die Actio denegiert, wenn die Parteien offensichtlich dem Gesetz zuwiderhandeln. Als Beispiel sei angeführt, dass Labeo gelegentlich einer donatio inter virum et uxorem l. 67 D. 24, 1 sagt:

neque ulla actio eius nomine dari potest.

Ebenso denegiert der Prätor, wenn ersichtlich ist, dass die Parteiverabredung nur in fraudem legis getroffen ist, so z. B. zwecks Ausschluss der lex Falcidia, Pap. l. 15, § 1 D. 35, 2:

Frater cum heredem sororem sriberet, alium ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.

Das „iure publico" weist natürlich nicht etwa auf eine öffentlichrechtliche Pflicht des Prätors im Sinne Pernices hin, denn es steht mit dem „denegandam" in keinem Zusammenhang. Iure publico, quod privatorum pactis mutari non potest, hat die Schwester das Recht aus der Falcidia trotz der getroffenen Vereinbarung und daneben wird noch die Klage auf die Konventionalstrafe verweigert. — Ein ähnlicher Fall ist Pap. l. 42 D. 38, 1:

„Cerdonem servum meum manumitti volo ita, ut operas heredi promittat". non cogitur manumissus promittere: sed et si promiserit, in eum actio non dabitur: nam iuri publico derogare non potuit, qui fideicommissariam libertatem dedit.

Andere Fälle, in denen einem Umgehen des Gesetzes schon durch die Denegation entgegengetreten wird, sind Ulp. l. 1, § 7 D. 39, 1:

sed si is, cui opus novum nuntiatum est, ante remissionem aedificaverit, deinde coeperit agere ius sibi esse aedificatum habere, praetor actionem ei negare debet et interdictum in eum de opere restituendo reddere

und Tryph. l. 50, § 2 D. 38, 2:

Sed numquid praetor ei denegare possessorias actiones debeat, si fraudem edicto eius facere voluit . . .

wo einem Herrn die Klagen versagt werden, wenn er seinen von einem früher Freigelassenen zum Erben eingesetzten Sklaven vor

der Anweisung zum Erbschaftsantritt verkauft oder ebenfalls freilässt, um so die bonorum possessio contra tabulas zu erlangen.

Gerade diese Fälle des Handelns contra legem oder contra bonos mores legen einen Vergleich mit unserem heutigen Prozessrecht nahe. Wenn jemand trotz § 1297 auf Eingehung einer Ehe klagt oder wenn ein Heiratsvermittler trotz § 656 auf die versprochene Provision klagt oder der Spieler trotz § 762 auf seinen Gewinn, so sind diese Klagen von vornherein vollständig aussichtslos. Trotzdem darf der Richter solche nach § 253 C.P.O. formell richtig angestellte Klagen nicht a limine abweisen, sondern er muss Termin ansetzen, der Gerichtsschreiber muss eventuell die Zustellung an den Beklagten vermitteln, § 166—168 C.P.O., und erst in der Verhandlung kann der Richter, und auch nur durch Urteil, den Kläger abweisen. Der Schulfall, dass geklagt würde auf ein „homicidium vel sacrilegium", würde nicht anders zu behandeln sein, höchstens könnte hier in Frage kommen, ob nicht die Klageschrift als die Tat eines Geisteskranken angesehen und als ein non actum behandelt werden könnte[6]).

III. Unmöglichkeit und Unvermögen.

Ebenso findet sich die Denegation dann, wenn der Judex doch wegen Unmöglichkeit der Leistung den Beklagten freisprechen müsste und das Vorliegen der Unmöglichkeit sich leicht feststellen lässt, z. B. wenn der Gerichtsbürge seinen Mandanten zur Stelle schaffen soll, dieser aber gestorben ist, Paul. l. 4 D. 2, 8:

> . . . praetor . . quod si ignorans iusserit exhiberi vel post decretum eius ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio, si autem post diem exhibitionis decesserit aut amiserit civitatem utiliter agi potest.

Der Gegensatz des denegare zum utiliter agere macht es zweifellos, dass denegare rein nur im prozessrechtlichen Sinne gebraucht ist. Auch bei Ulp. l. 3 § 13 D. 29, 5:

> si ex stipulatu servus debeatur et caedem domini arguerit et pro hoc praemio liber esse iussus sit, ex stipulatu actio stipulatori non datur: nam et si supplicio adfectus fuisset, non daretur

wird bei der Einfachheit der Sachlage das non dare prozesstechnisch gebraucht sein.

6) M. E. zu verneinen, da dies unter den Begriff der Prozessfähigkeit fällt.

Aber auch das aus Krankheit, Abwesenheit u. dergl. entstandene subjektive Unvermögen wird schon vom Prätor berücksichtigt, Jul. Paul. l. 75 D. 5, 1:

> si autem morbo impeditus aut rei publicae causa avocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandam vel exsequi praetorem ita iudicatum non debere[7]).

Es war das hier von besonderer Bedeutung, weil nach dem übrigen Inhalt dieser Stelle der iudex, qui de iudicato cognoscit, an dem vom Prätor erlassenen Versäumnisurteil nicht rütteln soll. Hervorzuheben ist, dass nach dem Schluss der Stelle der Prätor auch noch in den Verlauf der Zwangsvollstreckuug eingreifen kann, falls das Judikatsurteil ein Versäumnisurteil war. — Noch interessanter ist Ulp. l. 21 § 9 D. 4. 8, nach der beim Nichterscheinen im Schiedsrichtertermine die Strafe zwar verfällt, auch wenn man valetudine vel rei publicae causa absentia aut magistratu aut alia iusta de causa verhindert war, jedoch

> si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore.

Auch hier hat also der Prätor freie Wahl zwischen Denegation und der Exceptio doli (vergl. l. 4 § 2 D. 44, 4).

Während aber hier immer noch der Gedanke der Unmöglichkeit hineinspielt, findet sich in anderen Fällen die denegatio dann, wenn dem Beklagten die Handlung zwar nicht unmöglich, aber aus Billigkeitsgründen nicht zuzumuten ist. So ediziert der Prätor nach Ulp. l. 8 § 3 D. 3, 3, dass er einen bestellten Prokurator zum iudicium accipere zwingen werde. Ulpian fährt dann fort:

> verum ex causa non debebit compelli ut puta inimicitiae capitales intervenerunt inter ipsum procuratorem et dominum, scribit Julianus debere in procuratorem denegari actionem.

Es kann dahingestellt bleiben, ob hier die Stipulationsklage gegen den die Vertretung versprechenden Prokurator (verg l. 14, l. 35, l. 45 h. t.), oder die gegen den Herrn zustehende Sachklage dem Prokurator gegenüber verweigert wird. Ulpian zählt in l. 8 und l. 10 h. t. noch andere Gründe zur Denegation auf und schliesst in l. 13 h. t. seine Erörterung mit

---

7) Vgl. dagegen die Ausdrücke in l. 54 pr. l. 59 § 3 D. 42, 1. — Ein Vorliegen des Kognitionsprozesses, Eisele, Abh. S. 186, Wenger, S. 233, scheint mir nicht erwiesen.

> sed haec neque passim admittenda sunt neque destricte deneganda[8]), sed a praetore causa cognita temperanda.

Aehnlich drückt sich Paulus und Labeo in l. 43 § 6 h. t. aus. Gerade hier sieht man, dass die Juristen dem Prätor eine weitgehende Kognition zumuten, obwohl er nicht etwa schon im Edikt sein Eingreifen nur causa cognita zugesagt hatte. Man darf aber auch nicht verkennen, dass bei der Belangung mit der Sachklage dem Prokurator nur mit der denegatio geholfen werden konnte. Denn die Gewährung einer Einrede hätte ihn nicht von der Last der Prozessführung befreit.

IV. Bedingung und Befristung.

Denegationen finden sich ferner dann, wenn der eingeklagte Anspruch von der Erfüllung einer Bedingung abhängig ist und diese Bedingung nicht erfüllt ist. Irgend ein tiefer liegendes Prinzip lässt sich nicht feststellen. Die Denegation erfolgt hier nur deshalb, weil sich die Erfüllung oder Nichterfüllung einer Bedingung sehr leicht konstatieren lässt, so z. B. bei der Aussetzung von Legaten Marc. l. 75 D. 35, 2:

> sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet.

Ebenso Ulp. l. 1 § 3 D. 27, 2:

> Certe non male dicetur, si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi iniunctam, denegari ei actiones debere exemplo tutoris testamento dati[9]).

Die Notwendigkeit einer sachlichen Prüfung schliesst jedoch die Denegation nicht aus, denn die Stelle fährt fort:

> quod ita demum placuit si idcirco sit relictum: ceterum si esset relicturus, etiamsi educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio et ita divus Severus saepissime statuit.

---

8) Einer der wenigen Fälle in denen denegare anscheinend nicht im technisch-juristischen Sinne gebraucht wird. Immerhin zeigt sich in dem Gegensatz admittenda-deneganda der Anklang an das Prozessrechtliche.

9) Vgl. dieselben Fälle bei Paul l. 32 D. 27. 1 „repellendus sit a legato". Pap. l. 28 D. 26, 2 „ab his quoque legatis summovendus erit". Paul. 5 § 2 D. 34, 9 „legatum quod tutori denegatur".

Die Bedingung braucht nicht immer eine ausdrücklich gesetzte zu sein. Es genügt, wenn sie sich aus dem Willen des Erblassers ergibt, so Pap. l. 90 § 1 D. 30:

> plane si pluribus filiis institutis inter eos verbis legatorum bona diviserit, voluntatis ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hereditatem.

Hier sei auch nochmals angeführt[10]) Val. l. 19 D. 32:

> si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem si non caveas heredi futurum . . .

Daraus, dass die Denegation bei Bedingungen leicht zur Anwendung kommen konnte, erklärt sich m. E. auch die sprachliche Verwendung des „non denegare“ in dieser Lehre wie in der eben zitierten l. 1 § 3 D. 27, 2, oder im Fall des Nichteintrittes der Voraussetzungen der Bedingungen wie bei Paul. l. 46 D. 24, 3:

> qui dotem stipulanti uxori promiserat, eidem testamento quaedam legaverat, ita tamen, ne dotem ab heredibus peteret: ea quae legata erant, uxor capere non potuerat. respondi dotis actionem mulieri adversus heredes non esse denegandam

und bei Unmöglichkeit der Erfüllung der Bedingungen Pap. l. 76 § 6 D. 31:

> non iure tutori dato mater legavit: si consentiat, ut decreto praetoris confirmetur et praetor non idoneum existimet, actio legati non denegabitur.

Ebenso überweist der Prätor die Sache nicht erst an einen Judex, wenn der Anspruch von der Innehaltung einer Frist abhängt und diese versäumt ist, so bei Ulp. l. 69 D. 29, 2:

> ergo exspectamus in singulis ut prius eis deferatur hereditas, tunc deinde postquam delata est, exspectamus diem praestitutum intra quem diem nisi aut adeat aut pro herede gerat, denegamus ei actiones.

Aehnlich beim Wahlvermächtnis Pomp. l. 6 D. 33, 5:

> . . decernere debet praetor, nisi intra tempus ab ipso praefinitum elegisset, actionem legatorum ei non competere

ebenso Pomp. l. 8 D. 33, 5:

---

10) Vgl. oben § 4, V.

. . decernendum est a praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tibi non datu iri.

Die Denegation ist hier aber durchaus nicht immer einfach, denn der Fristablauf bringt hier nicht den absoluten Verlust des Anspruchs mit sich, vielmehr heisst es in l. 6 cit.:

ergo totiens actio deneganda non est, si omnia in integro sint.

Es kann also eine Sachprüfung nötig sein.

V. Urteil, Eid, Anerkenntnis, Vergleich.

Die Denegation findet sich, wenn schon ein Urteil ergangen ist, an Stelle der exceptio rei iudicatae, so z. B. bei Cicero pro Flacco 21, 49:

Recusavit et, quasi nihil esset actum, nihil iudicatum, ab Hermippo ibidem mancipia, quae ipse ei vendiderat, petere coepit. M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit: re iudicata stari ostendit placere.

und bei Paul. l. 4 D. 9, 4:

absolutione facta et finito iudicio amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei iudicatae, summovebitur, quia res in superius iudicium deducta et finita est . . . contra quoque si cum eo qui scit actum cum noxae deditione sit, amplius . . . danda actio non est.

Anschliessen lässt sich hier Paul. l. 6 D. 47, 10.

ceterum si nomen adiectum sit et iure communi iniuriarum agi poterit: nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinet. plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum: similiter ex diverso.

Die Denegation wird aber auch gebraucht, wenn das Urteil nicht gerade über denselben Anspruch ergangen ist, sobald es nur eine Vorbedingung des Anspruchs hinweggeräumt hat. So bildet in der später noch zu besprechenden l. 4 D. de ed. Carb. 37, 10 das in der petitorischen Sache ergangene Urteil den Grund zur Denegation der possessorischen Aktionen. Ebenso werden schon auf Grund eines gegen die Mutter ergangenen Strafurteils dem untergeschobenen Kinde die Civilklagen versagt bei Ulp. l. 1 § 11 D. 37, 10:

> si mater subiecti partus arguatur ... mater rea postulatur ... dubium non est cognitionem fieri oportere et post eventum cognitionis, si suppositum apparuerit, actionis hereditariae puero denegandae sunt omniaque perinde habenda, atque si heres scriptus non fuisset[11]).

Hieraus erklärt sich das non denegare bei Paul. l. 132 pr. D. 45, 1:

> an victo (im Inofficiositätsprozess) deneganda est ex stipulatu actio? sed si ei, qui stipulatus est, non debuit denegari victo filio, nec ipsi deneganda erit debitae pecuniae exsecutio.

Die Leistung des deferierten Eides ist durch den Prätor dem Urteil gleichgestellt, Ulp. l. 7 D. 12, 2.

> Ait praetor: eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.

Darum wird auch den Successoren die Actio verweigert, l. 9,

> nam posteaquam iuratum est, denegatur actio,

oder dem Mündel l. 35 pr. h. t.

> quandoque enim pupillo denegabitur actio,

jedoch kann der Prätor auch nur eine Exceptio geben, l. 9, h. t.

> aut si controversia erit, id est si ambigitur an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est.

Anders is es aber bei Leistung des Schätzungseides, denn dieser betrifft nicht das Bestehen, sondern nur die Höhe des Anspruchs. Vgl. Scaev. l. 28 § 1 D. 49, 1.

> Iussus a iudice exhibere ... rationes ... quia per contumaciam instrumenta non exhibuerat, cum petitor quanta sua interesset exhiberi iurasset, facta erat condemnatio. quaesitum est, an post iusiurandum appellationem interponere possit. respondit nihil proponi, cur denegandum esset appellationis auxilium.

Auch der gegenüber Noxalklagen zu leistende Eid „in sua potestate non esse" (l. 21 § 2 D 9, 4) wirkt seiner Natur nach nicht, wenn hinterher der Sklave doch in die Gewalt des Beklagten kommt. Darum spricht Ulp. l. 21 § 6 h. t. von „non dare exceptionem iurisiurandi" und bei Gai. l. 23 h. t.

---

11) Aehnlich scheint der im Verfahren der missio ventris nomine geleistete Eid auch im Verfahren der missio ex Carboniano edicto berücksichtigt zu sein in l. 10 D. h. t. Die Stelle ist aber verderbt. Vgl. l. 3 § 3 D. 12, 2. Sollte sie sich nur auf die Zeit ante editum partum bezogen haben?

> sed et si postea adversarius eius in potestate habere coeperit servum, tenetur ex nova possessione denegata ei exceptione.

ist, da diese Stelle nicht hinter Ulp. l. 21 [12]), sondern erst hinter Paul. l. 23 eingereiht ist, wohl die denegatio exceptionis rei iudicatae gemeint, denn die Stelle des Paulus schliesst mit „qui autem non probaverit in potestate adversarii esse servum, rem amittit".

Der Leistung des Eides steht natürlich dessen Erlass gleich, Paul. Sent. II, 1, 3.

> si reus cum iurare velit, actor illi necessitatem iurisiurandi remisit et hoc liquido appareat, actio in eum non datur,

wo das „liquido" auf die eventuelle Gewährung der exceptio und damit auf den prozessualen Gebrauch des „non dare" hinweist.

Auch beim Anerkenntnis wird nicht erst eine Actio erteilt, sondern direkt zur Zwangsvollstreckung geschritten, Paul. Sent. II, 1, 5.

> si qui debito quocunque modo confessus docetur, ex ea re actio creditori non datur, sed ad solutionem compellitur.

Daraus, dass das Anerkenntnis „quocunque modo" erfolgt sein kann und bewiesen werden soll, ergibt sich, dass nicht lediglich die confessio in iure gemeint ist.

Auch der Vergleich wird bei späterer Klage zur Denegation geführt haben. E contrario lässt sich dies erkennen aus Paul. l. 60, D. 3, 3:

> mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causam interpositam: et ideo si postea is, qui mandarit, transactionem ratam non habuit, non posse eum repelli ab actionibus exercendis.

§ 10.

3. Vertretung.

Auch bei der Prozessvertretung findet sich die denegatio, obwohl sie im römischen Prozess keine bloss formelle Prozessvertretung ist, sondern vermittelst der novierenden Wirkung der Litiskontestation zum materiellen dominium litis führt. Soweit allerdings der Mangel der Vertretungsmacht in Frage kommt,

12) Dort würde sie auch nur das bereits in § 6 Gesagte wiederholen.

ist bei dem gewillkürten Vertreter meist nur von der exceptio procuratoria die Rede (z. B. l. 57, l. 62, l. 78 § 1 D. 3, 3, l. 29 § 4 D. 17, 1, l. 6 D. 39, 1, l. 39 § 3 D. 39, 2, l. 23 D. 46, 8) und daraus hat Bülow seiner Zeit mit Recht bewiesen, dass die Verhandlung hierüber nicht in iure, sondern in iudicio stattfand. Verfehlt wäre aber der Rückschluss, dass der Prätor niemals wegen mangelnder Vollmacht habe denegieren können. Die Notwendigkeit sowohl als Vertreter des Klägers (l. 33 § 3 D. 3, 3) wie des Beklagten (l. 46 § 2 h. t.) die cautio dominum rem ratam habiturum zu leisten, werden ein vollständig unberechtigtes Auftreten als Vertreter sehr hintangehalten haben. Der Streit wird sich meist nur um den Umfang des Mandats gedreht haben (l. 62 D. 3, 3 procuratoria exceptio „quasi non et hoc esset ei mandatum"). Auch wird der Prätor schwer die Actio wegen gänzlichen Mangels eines Mandats verweigert haben, denn dadurch hätte er das Institut der negotiorum gestio lahmgelegt — und für das Vorliegen einer solchen gestio sprach doch immerhin, dass der Vertreter die cautio riskierte.

Hinweise auf prätorische Tätigkeit fehlen übrigens nicht, z. B. Jul. l. 13 § 2 D. 39, 1.

> Si in remissione a parte eius, qui opus novum nuntiaverat, procurator interveniat, id agere praetorem oportet, ne falsus procurator absenti noceat, cum sit indignum, quolibet interveniente beneficium praetoris amitti.

Auch berücksichtigt der Prätor die mangelnde Postulationsfähigkeit des Vertreters von Amtswegen Ulp. l. 8 § 2 D. 3, 3:

> milites autem nec si velit adversarius procuratores dari possunt, nisi hoc tempore litis contestatae quocumque casu praetermissum est.

In anderer Beziehung findet sich auch bei der Vertretung die denegatio nicht selten. Wer in einem Prozess als Prokurator klagen will, muss nach dem Edikt des Prätors (l. 33 § 3 D. 3, 3) seinen Herrn auch in anderen Prozessen verteidigen. Anderenfalls wird ihm die Klage verweigert, Paul. l. 43 § 5 D. 3, 3:

> poena non defendentis procuratoris haec est, ut denegetur ei actio.

Ebenso c. 5, C. 2, 12:

> actionem ei, qui absentis nomine agere vult, si non eum defendat, denegari oportere iam edicto perpetuo expressum est.

Dieser Einwurf muss aber stets nur in iure behandelt worden sein. Denn die Pflicht zur Verteidigung bestand nicht bloss gegenüber dem Prozessgegner, sondern auch gegenüber jedem beliebigen Dritten, Pap. Vat. frag. 330:

> cogendum eum adversus omnes absentem defendere.

Bei Verwendung der Exceptio würde also der Prozessgegner in unbilliger Weise mit den ihm fremden Angelegenheiten eines Dritten belästigt worden sein, da die Pflicht der Verteidigung nicht ausnahmslos, sondern nur „viri boni arbitratu" bestand und folgedessen ein Eingehen auf das fremde Streitverhältnis nötig gewesen wäre.

Zur Defension gehört aber auch das cavere idonee (l. 35 § 2 D. 3, 3). Wenn deshalb der mit dem Interdikt belangte Prokurator die satisdatio iudicatum solvi nicht leistet, so Ulp. l. 7 D. 39, 1:

> summovendus erit ab executione operis novi et actiones, quas domini nomine intendit, debent ei denegari.

Dies wird auch ausgedehnt auf die besondere Stellung, die der Vater gegenüber der Tochter hinsichtlich der Dotalklage hat, Ulp. l. 39 § 3 D. 3, 3:

> si de dote agat pater, cavere debet ratam rem filiam habituram: sed et defendere eam debet, ut et Marcellus scribit

und Paul. l. 3 § 4 D. 25, 2:

> sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisdatione defendat.

Voll beweiskräftig für das unumschränkte Recht des Prätors, die Actio zu denegieren, sind diese vom Zwang zur Verteidigung handelnden Stellen aber nicht, da der Prätor in dem Edikt die Pflicht dazu nur „viri boni arbitratu" aufstellt, womit er sich eine causae cognitio vorbehält.

Ferner sehen wir, dass Klagen auf Grund des prätorischen „iudicium accipere cogam" oder Stipulationsklagen gegen den Vertreter verweigert werden, wenn es unbillig wäre, ihm die Ausführung der versprochenen Vertretung zuzumuten. Dies wird ausführlich von Ulpian l. 8 § 3, l. 10, l. 13, D. 3, 3 behandelt

> verum ex causa non debebit compelli ut puta si inimicitiae capitales intervenerunt inter ipsum procuratorem et dominum, scribit Iulianus debere in procuratorem

> denegari actionem item si dignitas accesserit . . ., hereditas superveniens . . . vel ex alia iusta causa . . . si habet praesentem dominum . . . sed haec neque passim admittenda sunt neque destricte deneganda, sed a praetore causa cognita temperanda.

Dazu Paul. l. 14 h. t:

> si . . . capitales inimicitiae intercesserunt, non cogendum accipere iudicium nec stipulationem ob rem non defensam committi.

Hierauf bezieht sich auch Labeos „causa cognita temperandum" l. 43 § 6, h. t. und des Sabinus „nullas praetoris partes esse ad compellendum defendere et rel." l. 45 h. t. Diese Stellen haben volle Beweiskraft, denn das zu Grunde liegende Edikt, das in l. 8 § 3 h. t. überliefert ist, enthält keinen Hinweis darauf, dass sich der Prätor die causae cognitio vorbehalten habe.[1])

§ 11.

4. Sachlegitimation.

1. Activlegitimation.

Es liegt in der Natur der Sache, dass die Frage, wer zur Anstellung einer Klage legitimiert sei, besonders bei gewillkürten und gesetzlichen Vertretungsverhältnissen auftaucht. Schon bei der Vertretung wurde darauf hingewiesen. Es ist interessant zu sehen, wie trotz bestehender Vertretungsmacht bei gewissen Vertretern entgegen dem Prinzip der indirekten Vertretung die Wirkungen direkter Vertretung auf dem Wege des Gewährens und Versagens der Klage herbeigeführt werden. Es stehen sich hier cognitor und procurator praesentis einerseits und procurator absentis andererseits gegenüber[1]). Aber auch der procurator in rem suam datus und der, qui se non optulit, werden anders behandelt. Die hier zwar nicht allein, aber hauptsächlich in Betracht kommende Klage ist die actio iudicati.

---

1) Obwohl Paul, l. 45 h. t. das „viri boni arbitratu" heranzieht.

1a) Vergl. Vat. fragm. 317, 331, 332; in den Pandektenstellen ist entweder procurator für cognitor interpoliert oder wie in l. 67 D. 3, 3 das „absentis" ausgelassen. Bei den einzelnen Stellen kann auf diese nicht immer leicht zu entscheidende Frage nicht näher eingegangen werden.

So heisst es denn einerseits z. B. bei Ulp. l. 28 D. 3, 3:

> Si procurator meus iudicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti iudicati actio mihi indulgetur. sed et si egit procurator meus ex ea stipulatione me invito, nihilo minus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur. quae res facit, ut procurator meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli, sicuti cum agit iudicati non in rem suam datus nec ad eam rem procurator factus,

und bei Paul. l. 86 D. 46, 3:

> nam et absurdum est, cui iudicati actio non datur, ei ante rem iudicatam solvi posse —

sowie dem entsprechend Vat. frag. 317:

> cognitore interveniente iudicati actio domino datur

und Vat. frag. 331:

> quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur ... iudicati actio.

Andererseits sagt Pap. Vat. frag. 332 = l, 67 D. 3, 3.

> procurator [absentis], qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat et ideo ... nec iudicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur aut procuratori qui vicit denegatur

und ebenso Pap. l. 49 § 2 D. 41, 2:

> tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogatur.

Dass dieselben Grundsätze für den, qui se non obtulit, und für die Vormünder gelten, werden wir bei der Passivlegitimation sehen. Dagegen sei hier noch auf ihre Ausdehnung auf den actor municipum hingewiesen, Paul. l. 6 § 3 D. 3, 4:

> actor itaque iste procuratoris partibus fungitur et iudicati actio ei ex edicto non datur nisi in rem suam datus sit.

In allen diesen Stellen ist denegare und non dare prozesstechnisch gebraucht. Darauf weist nicht bloss die Gleichstellung mit „exceptio" und das Erwähnen der „causa cognita" hin, sondern auch der Umstand, dass sie meist von der actio iudicati handeln und dabei weit mehr den Schutz des nicht im Prozess auftretenden dominus als den des Beklagten im Auge haben. Erklären lässt sich das Vorgehen des Prätors daraus, dass die Feststellungen, ob ein cognitor oder procurator, ein procurator absentis oder

praesentis oder in rem suam vor ihm stehe, ob ein „se offerre“ vorliege, meist wohl sehr einfach waren. Dass die actio iudicati als solche von keiner causae cognitio des Prätors abhängt, bedarf keiner Erläuterung. Ein Anhalt dafür, dass der Prätor sie im Edikt speziell den Prokuratoren nur „causa cognita“ versprochen habe, ist nicht gegeben. (Vergl. Lenel, Edikt S. 325 f.)[2]).

Um die Frage der sachlichen Legitimation handelt es sich auch bei der Klage auf Rückerstattung der dos, wenn die Frau noch einen Vater hat. Einen solchen Fall behandelt Afr. l. 34, D 24, 3:

> Titia divortium a Seio fecit. hanc Titius in sua potestate esse dicit et dotem sibi reddi postulat: ipsa se matrem familias dicit et de dote agere vult: quaesitum est, quae partes iudicis sint. respondi patri, nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegandam actionem sicuti denegaretur, etiamsi constaret eam in potestate esse.

Die Denegatio findet sich hier vermutlich nur deshalb, weil der Mangel der nötigen Zustimmung seitens der Frau zweifellos schon in iure zur Sprache gekommen wäre. Dass dem so ist und dass auch unter „iudex“ in dieser Stelle, wie so oft[3]), der Prätor zu verstehen ist, beweist Ulp. l. 22 § 6 h. t.

> (1) nec non illud quoque probamus, quod Labeo probat, nonnunquam patri denegandam actionem, si tam turpis persona patris sit, ut verendum sit, ne acceptam dotem consumat: ideoque officium iudicis interponendum est, quatenus et filiae et patri competenter consuletur.
>
> (2) sed si latitet filia, ne [tali] patri consentire cogatur, puto dari quidem patri actionem, sed causa cognita. quid enim si filia verecunde per absentiam patri contradicat? cur non dicamus patri non esse dandam actionem?

---

2) Man könnte nämlich wegen der öfteren Erwähnung der praetoris cognitio im Titel 3, 3 darauf kommen (vergl. auch das „ex edicto“ der S. 84 zitierten l. 6 § 3 D. 3, 4). Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, dass Ulpian auch in l. 13 D. 3, 3 von der causae cognitio spricht und zwar in Anwendung auf das Edikt l. 8 § 3 h. t., das die Formel causa cognita nicht enthält. Auch widerspricht der Annahme das Vorkommen der exceptio. Uebrigens bezieht sich in l. 17, l. 25, l. 27 das Eingreifen des Prätors auf das „causa tamen prius cognita“, das im Edikt über die mutatio procuratoris stand, wie aus Vat. frag. 341 ersichtlich ist.

3) Vergl. z. B. Heumanns Lexikon, 8. Aufl. von Thon, sub voce „iudex“.

> quod si is pater sit, cui omnimodo consentire filiam decet, hoc est vitae probatae, filia levis mulier vel admodum iuvenis vel nimia circa maritum non merentem, dicendum est patri potius adquiescere praetorem oportere dareque ei actionem.

Eine Stelle[4]), aus der sich ersehen lässt, wie weit die Denegationsbefugnis des Prätors ging und welche eingehende sachliche Prüfung er vor Erteilung der Actio vornehmen konnte! Nicht bloss Charakter und Sitten des Vaters und der Tochter, auch das Alter der letzteren und ihre Liebe zu ihrem Manne soll er prüfen und danach (vgl. auch l. 8 pr. i. F. 3, 3) eventuell auch ohne die erforderliche Zustimmung (2) die Actio geben oder trotz dieser (1) verweigern. Abgesehen von dem Wechseln zwischen iudex und praetor zeigt schon das „causa cognita", dass stets der Praetor gemeint ist.

Andere kurze Hinweise auf die Prüfung der Sachlegitimation enthalten Jul. l. 48 § 1 D. 23, 3:

> immo nec filiae, si voluerit, deneganda est huiusmodi actio,

wo es sich um die Frage, ob Mann oder Frau klageberechtigt ist, handelt, und Ulp. l. 18 § 1 D. 5, 1:

> ne si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiatur et egestate Romae laboret,

wo der Sohn anstatt des abwesenden Vaters klagt. Auch um einen Verlust der Sachlegitimation handelt es sich bei der Forderungsüberweisung durch den Prätor, die die Denegatio nach sich zieht, Paul. l. 10 D. 36, 4. (Vgl. Javol. l. 8 D. 3, 4.)

> Si nullae sint res hereditariae, in quas legatarii vel fideicommissarii mittantur, in rem quidem heredis mitti non possunt, sed per praetorem denegatas heredi actiones ipsi persequuntur.

Ein typischer Fall der mangelnden Sachlegitimation ist es, dass jemand als Erbe klagt, ohne erbberechtigt zu sein. Wegen ihrer Häufigkeit sollen diese Fälle unter III besonders behandelt werden. Dagegen sei hier auf einige besondere mit dem Erbrecht im Zusammenhang stehende Fälle der Denegation hingewiesen. So sagt Jul. l. 4 D 37, 10:

---

4) Vergl. zu ihr l. 2 § 1, § 2 h. t.

. . . poterit . . . bonorum possessionem petere. quam cum acceperit, perpetuo possessoriis actionibus utetur: sed si post pubertatem contra eum iudicatum fuerit, denegabuntur ei actiones.

Aus dem Zusammenhang mit dem vorhergehenden Fragment ergibt sich, dass mit dem „contra eum iudicatum" die petitorische Klage gemeint ist. Die Denegation erfolgt also hier, weil schon aus einem anderen Urteil die mangelnde Aktivlegitimation erhellt[5]). Ebenso wird bei Paul. l. 22 D. 13, 5 der Zweifel, ob die Sachlegitimation noch vorhanden sei, schon in iure entschieden:

si post constitutam tibi pecuniam hereditatem ex senatus consulto Trebelliano restitueris, quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium, deneganda est tibi pecuniae constitutae actio. idem est in hereditatis possessore post evictam hereditatem.

Die Schlussworte beschäftigen sich somit wieder mit dem Gegensatz zwischen possessorischen und petitorischen Klagen und Urteilen. Auch ist hier anzureihen Ulp. l. 29 D. 38, 1:

si operarum iudicio actum fuerit cum liberto et patronus decesserit, convenit translationem heredi extraneo non esse dandam . . .

II. Passivlegitimation.

Auch das Fehlen der sog. Passivlegitimation gibt dem Prätor unter Umständen Grund, schon in iure die Klage zu denegieren. Wiederum sind der Natur der Sache nach die Fälle aus dem Vertretungsrecht besonders zahlreich. Bei den gewillkürten Vertretern stehen sich ebenfalls die beiden erwähnten Gruppen gegenüber. So sagt einerseits Ulpian l. 4 pr. D. 42, 1:

si se non obtulit procurator, iudicati actio in eum denegabitur et in dominum dabitur

und dem entspricht Vat. frag. 317:

iudicati actio . . in dominum datur

und Vat. frag. 331:

domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio.

sowie auch Paul. l. 61 D. 3, 3:

---

5) Als Gegenstück sei die bekannte Stelle Ulp. l. 12 § 1 D. 41, 2 angeführt: nihil commune habet proprietas cum possessione. et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare etc.

procuratorem damnatum non debere conveniri, nisi aut in rem suam datus esset aut optulisset se, cum sciret cautum non esse.

Andererseits sagt Pap. Vat. frag. 332 = l. 67 D. 3, 3:

procurator, qui pro evictione praediorum quae vendidit fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere praetoris auxilio non levabitur: nam procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat; et ideo nec iudicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur aut procuratori, qui vicit, denegatur,

und in der Fortsetzung der ebenfalls schon S. 84 citierten l. 28 D. 3, 3 heisst es:

per contrarium autem, si procurator meus iudicatum solvi satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, sed et si defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec iudicati mecum agere potest.

Auch bei Paul. l. 16 D. 14, 3:

si cum vilico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio, quia vilicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum proponitur

mutet das non dare prozesstechnisch an, weil hier die prinzipielle Stellung eines vilicus charakterisiert wird. Dagegen wird in der Fortsetzung „si tamen . . . non erit iniquum . . . actionem in me competere" eine ihm ausnahmsweise eingeräumte Stellung in Betracht gezogen, deren prozessuale Feststellung wohl umständlicher war und darum eher dem Judex überlassen wurde.

Häufig ist die Denegation auch, wenn gesetzliche Vertreter wie Tutoren und Kuratoren verklagt werden. So sagt Pap. l. 15 D. 2, 11:

si tutor iudicio sisti promiserit et stipulationi non obtemperaverit et interea pupillus adoleverit aut mortem obierit aut etiam abstentus sit hereditate, denegabitur ex stipulatu actio. nam et ipsius rei, quae petebatur, si tutor iudicatus fuerit et eorum quid acciderit, non esse dandam in eum actionem iudicati probatum est.

Erläutert wird dies durch Ulp. l. 2 pr. D. 26, 7:

et maxime si se non liti obtulit, sed cum non posset vel propter absentiam pupilli vel propter infantiam auctor ei esse ad accipiendum iudicium,

Ebenso sagt Ulp. l. 4 § 1 D. 42, 1.:

> tutor quoque vel curator in ea condicione sunt, ut non debeant videri se liti obtulisse, idcircoque debet denegari in eos iudicati actio,

und dasselbe gilt nach Pap. l. 5 § 1 D. 26, 9 bei der cautio iudicatum solvi:

> tutor, qui pecuniam se soluturum cavit, quam pater pupilli condemnatus fuerit, actionem post tutelam finitam recte recusat.

Anders ist es jedoch, wenn der Tutor ausserhalb des Prozesses kontrahiert, denn das braucht er nicht, Pap. l. 39, § 4 D. 26, 7:

> adversus tutorem, qui pupillum hereditate patris abstinuerat (vergl. l. 15 D. 2, 11 auf S. 88), actionem denegari non oportet creditori, qui cum ispo tutori contraxit. quamvis tutor pecuniam in rem impuberis verteret,

abgesehen wiederum davon, dass der Gläubiger etwa wusste, dass er nicht für sich kontrahiere, Pap. l. 5 § 1 D. 26, 9:

> non idem in eo placuit, qui suo nomine mutuam pecuniam accepit et iudicatum pro pupillo fecit, nisi forte creditor ideo contraxit, ut in causam iudicati pecunia transiret.

Ebensowenig wird die Actio denegiert, wenn der Tutor auf seinen Namen noviert hat, Pap. l. 5 pr. D. 26, 9:

> post mortem furiosi non dabitur in curatorem, qui negotia gessit, iudicati actio, non magis quam in tutores post depositum officium (nach der Umstellung des Cuiacius), si modo nullam ex consensu novationem factam et in curatorem vel tutorem obligationem esse translatam constabit.

Dasselbe wird von dem Magistrat einer Stadt gesagt, Pap. l. 5 § 1 (l. 3 § 2) D. 50, 8:

> in eum qui administrationis tempore creditoribus rei publicae novatione facta pecuniam cavit, post depositam officium actionem denegari non oportet.

Von diesem heisst es andererseits ebenfalls bei Ulp. l. 4 § 3 D. 42, 1:

> actor municipum potest rem iudicatam recusare: in municipes enim iudicati actio dabitur.

und Pap. sagt l. 15 § 1 D. 50, 1:

> in eum, qui successorem suo periculo nominavit, si finito magistratu successor idoneus fuit, actionem dari non oportet.

Dass denegare und non dare hier[6]) überwiegend im prozesstechnischen Sinne gebraucht sein werden, geht m. E. daraus hervor, dass die zur Abweisung nötigen Feststellungen wie die absentia, die infantia, die Solvenz eines Magistrates, das Wissen des Mitkontrahenten, welches, wenn er einen Prozess mit dem Vertreter geführt hatte, immer vorlag, unter Umständen leicht gemacht werden konnten. In zweifelhaften Fällen wurde natürlich zur Exceptio gegriffen. Die erwähnten Klagen sind meist civile und auch für die speziellen Fälle nicht durch das Edikt von einem „causa cognita" abhängig gemacht.

Dasselbe gilt von den Gai. l. 5 § 5 D. 44, 7, erwähnten Klagen de effusis et eiectis:

> Iuliano placuit, in patrem neque de peculio, neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum.

Nicht beweiskräftig, da „non simpliciter autem praetor pollicitus est se daturum actionem, sed causa cognita" vorhergeht, aber wegen der Ausdehnung der cognitio interessant ist, Ulp. l. 6 § 4 D. 29, 4:

> item si invenerit bona ad alium pertinere, non dabit actionem (legatorum), si vero nulla suspicio collusionis religionem praetoris instruxerit

III. Erbrecht.

Angeschlossen seien hier die Stellen, in denen sich die Denegation im Erb- und Vermächtnisrechte findet. Wenn sie auch nicht alle unter die unsicheren Begriffe der Aktiv- und Passivlegitimation fallen, so haben doch die meisten das Kriterium, dass eine Pflicht des Beklagten irgend jemand gegenüber besteht wenn auch der Kläger kein Recht darauf hat, und umgekehrt, dass ein Recht des Klägers besteht, wenn er auch nicht gerade den Beklagten in Anspruch nehmen kann.

Es sei aber darauf hingewiesen, dass die Fideikommisse „non per formulam petuntur" (Ulp. 25, 12), sondern zur extraordinaria cognitio gehören. Deshalb haben die sie betreffenden Denegationsfälle keine Beweiskraft. Es wird in ihnen auch nicht von „denegare actionem", sondern von denegare persecutionem, petitionem und ähnlichem gesprochen. Aus der Zusammenbehandlung des Legaten- und Fideikommisrechtes erklärt es sich, dass hier

6) Dagegen in l. 15 § 1 D. 4, 3 wird es wohl mehr civil gemeint sein.

auch beim ersteren häufiger solche neutrale Ausdrücke vorkommen wie sonst. Auch an die Gerichtsbarkeit des Centumviralgerichtes in Erbschaftssachen, dessen Kompetenz wir nicht genau übersehen, und an das bei ihm erhaltene Legisaktionenverfahren ist zu denken. Jedoch liegt es ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit, bei den einzelnen Stellen Untersuchungen über diese Kompetenz anzustellen.

Ueberaus häufig ist die Denegation im Testamentsrechte. Sie findet sich hier neben der exceptio, wenn es dem Kläger infolge Mängeln der Form an einer gültigen Einsetzung fehlt, so bei Ulp. l. 1 § 3, l. 2 D. 28, 4:

> sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur . . . et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore non denegabuntur.
>
> l. 2. dicebam, si quidem unius ex heredibus nomen induxerit, sine dubio ceteram partem testamenti valere et ipsi soli denegari actiones[7]) . . . quod si putavit totum testamentum delendum ob unius malum meritum, omnibus denegantur actiones, sed an legatariis denegari actio debeat, quaestio est.

Aehnlich heisst es bei Pap. l. 22 D. 34, 4:

> eum testator inimicitiis gravissimis persecutus, cum testamentum aliud facere instituisset neque perficere potuisset, praeteriit. hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali submovebitur.

Ebenso kommt sie vor, wenn dem Kläger die Erbberechtigung infolge der Auslegung des Willens des Erblassers abgesprochen wird[8]). Es sind uns hier aber nur Fideikommisfälle überliefert.

---

7) Vergl. Pap. l. 12 D. 34, 9 induxerat . . . De praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaestio: et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat.

8) Pap. l. 59 (57) § 1 D. 36, 1:
sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondi cessante prima substitutione partis nepti petitionem denegari . .

Ulp. l. 11 § 16 D. 32:
si servo alieno militia relinquatur, an domino quaeratur legatum queritur. et aut scit servum esse et dico aestimationem deberi, aut ignoravit et denegari fideicommissi persecutio debet, quia, si scisset servum, non reliquisset.

Desgleichen spricht Ulp. l. 3 § 11 D. 34, 4 bei dem Eintreten von capitales et gravissimae inimicitiae zwischen Erblasser und Legatar davon, dass dem Legatar die exceptio doli entgegenstehe. Den gleichen Fall behandelt Pap. in l. 22 h. t. unter dem Gesichtspunkt der exceptio doli. Dagegen bei Ulp. l. 9 D. 34, 9 finden wir im pr.:

> ut legatum ab eo peti non possit

und in § 1

> denegatur eius, quod testamento accepit, persecutio.

Trotz Erfüllung der Form wird eine Erb- oder Vermächtnisberechtigung dann nicht anerkannt, wenn der Berechtigte auf den Willen des Testators eingewirkt hat oder gegen die zum Schutz der Willensfreiheit bestehenden Vorschriften verstossen hat. Die Denegation ist hier häufig und erscheint als eine Strafe für den das Erbrecht Verlierenden. In diesem Sinne wird sie auch von den Juristen zur Bezeichnung des Prinzipes verwandt und findet sie sich nicht bloss bei einzelnen Fällen. So tritt sie bei dem ein, der den Erblasser am Testieren hinderte oder ihn dazu zwang, l. 1 pr. D. 29, 6:

> divus Hadrianus constituit, denegari ei debere actiones denegatisque ei actionibus fisco locum fore[9]).

Dieser Titel enthält in l. 1 und 2 mehrere einzelne Denegationsfälle, in denen das testari prohibere vel cogere erläutert wird. Hierher gehört auch Jul. l. un. D. 38, 13:

> servo meo herede instituto dolo feci, ne testamentum mutaretur, eumque postea manumisi: quaesitum est, an actiones ei denegandae essent. respondi: hic casus verbis edicti non continetur. sed aequum est . . . ei denegari, cum etiam emancipato filio denegatur. . .

Nach dem sen. cons. Libonianum gelten Verfügungen, die zu Gunsten des Schreibers des Testamentes lauten, bekanntlich als nicht geschrieben. In einem einzelnen Falle stellt Paul. l. 14 § 2 D. 48, 10 die Frage:

> an ideo non denegamus huic actiones, quoniam alii restiturus est?

9) Das „denegare“ wird aber nicht in der Konstitution gestanden haben, sondern hier von Ulpian gerade so wie in l. 1 §§ 10, 15 D 25, 4 (S. 95) als kurzer Ausdruck für die offiziellen Worte gewählt worden sein. Vgl. den ähnlichen Ausdruck von Paulus l. 9 § 2 D. 14, 6 „decreto amplissimi ordinis actio denegatur“ gegenüber dem Wortlaut des S. C. in l. 1 pr. h. t. und von African l. 13 D. 37, 1 edicto praetoris bonorum possessio denegatur.

Der Wortlaut des s. c. Libonianum und der lex Cornelia de falsis, auf welche es verwies (l. 1 D. 34, 8), sind uns nicht bekannt. Es lässt sich also nicht sagen, ob er ein „nec actio neque petitio sit" enthielt, auf welches dieses „denegamus" sich beziehen sollte. Mit dem „quoniam alii restiturus est" knüpfte der Jurist Analogien zu Sätzen an, die die Praxis in der Lehre der bonorum possessio contra tabulas ausgebildet hatte (vgl. l. 3 § 6 D. 37, 5, l. 16 § 7 D. 38, 2). Wahrscheinlich dachte er auch hier an eine solche Weiterbildung durch den Prätor und floss ihm deshalb der Ausdruck „actionem denegare" aus der Feder. Offensichtlicher im prozesstechnischen Sinne ist das Wort denegare gebraucht bei Afric. l. 6 § 3 D. 48, 10.

> nec . . consequens est, ut et, si uxor dotem vel creditor id, quod in diem sibi deberetur, sibi adscripserit, . . aut mulieri dotis aut creditori actio sua denegari debet, ne eorum uterque merito debito careat.

Denn eine solche Ausdehnung dieser Sätze des s. c. Libonianum hätte auch nur durch die prozessuale Macht des Prätors geschehen können.

Ferner geht Erb- und Vermächtnisrecht verloren bei ungerechtfertigter Anfechtung von Testamenten und Kodizillen. Der Anfechtende selbst verliert nämlich die Klage auf das, was ihm in diesen Verfügungen zugedacht ist. Paul. l. 5 § 2—11 und Pap. l. 15 D. 34, 9, enthalten eine ganze Reihe solcher Fälle[10]). Sie sind zu speziell, als dass man das denegare hier als civilrechtlichen Ausdruck auffassen könnte, sondern zeigen vielmehr — z. B. die Verweigerung gegenüber dem, der den Anfechtenden durch Zeugnis unterstützt oder für ihn bürgt — wie auch hier durch die Verfügung über den Prozess das Recht fortgebildet wurde. Dass dem so ist, ergibt sich auch klar aus Ulp. l. 29 § 1 D. 49, 14:

> eum qui falsum testamentum dixit, possit adire hereditatem constat, sed denegatis ei actionibus fisco locus erit.

Da die vorgenannten Fälle aus dem Titel „de his quae ut in-

10) Das in § 1 cit. wiedergegebene Reskript von Pius hat mit diesen Fragen nichts zu tun, sondern bezieht sich auf die umgekehrte Frage, ob durch die Annahme eines Legates die Testamentsanfechtung ausgeschlossen werde, vergl. l. 43 D. 5, 3.

dignis auferuntur“ sind, so seien hier gleich einige andere Indignitätsfälle angereiht[11]. So Ulp. l. 3 § 4 D. 38, 16:

> ad legitimam hereditatem ipse admittetur, nisi sicubi quasi indigno deneganda fuerit hereditas;

ferner Pap. l. 29 § 2 D. 39, 5 (vergl. l. 2 § 3 D. 34, 9):

> donationem quidem partis bonorum proximae cognatae nullam fuisse constabat: verum ei, qui donavit ac postea iure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit.

Ebenso wird in l. 16 D. 34, 9 von Papinian die Frage, ob eine persona als turpis anzusehen sei, mit „actio non denegabitur“ entschieden.

Wer die bon. poss. contra tabulas begehrt[12], handelt gegen den Willen des Erblassers. Daher heisst es bei Hermog. l. 18 § 1 D. 37, 4:

> Ei qui contra tabulas bonorum possessionem accepit, tam legati quam fideicommissi exactio, sed et mortis causa donationis retentio denegatur.

Ebenso bei Ulp. l. 5 § 4 D. 37, 5:

> non solum autem legatum denegatur ei, qui b. p. accepit . . ., cui consequens est, quod Julianus scripsit . . . denegari ei persecutionem hereditatis fratris impuberis mortui, cui a patre substitutus est.

Bei der bonorum possessio contra tabulas eines Freigelassenen verwendet Ulpian bei denselben Fragen noch weit mehr prozessuale Ausdrücke in l. 16 § 6—10 D. 38, 2. Er spricht zunächst davon, dass der Patron „ab omni iudicio liberti repellitur“ und erläutert dies Prinzip dann an einzelnen Fällen mit den Ausdrücken „denegari debere actiones — persecutio denegabitur — dabitur persecutio — id se praetor denegaturum ait — dabimus

---

11) Vergl. auch l. 48 D. 38, 2 quaero de eo, qui libertum effracturae crimine accusavit. Respondit, . . . denegandam bonorum possessionem. Ferner Pap. l. 57 (55) § 3 D. 36, 1 . . instituto, qui coactus est adire, fideicommissi petitionem denegandam esse: cur enim non videatur indignus . . .? nec ignoro posse dici nullo modo fideicommissi petitionem denegandam ei etc.

12) Vergl. Ulp. l. 3 § 15 D. 37, 4, si quis ex liberis non sit scriptus heres, sed servus eius scriptus sit cumque iusserit adire hereditatem, denegari ei debet bonorum possessio contra tabulas: idemque est et si legatum relictum sibi vel servo suo elegerit, nam et hic dicimus bonorum possessionem contra tabulas denegari.

legati petitionem — actio non datur. Das „id se praetor denegaturum ait" und vielleicht auch in Verbindung hiermit das erwähnte „legatum denegare" in l. 5 § 4 D. 37, 5 dürfte ein Hinweis darauf sein, dass das Edikt nicht bloss den abstrakten civilen Satz aufstellte, das Testament werde als ungültig behandelt, sondern dass es sich über Gültigkeit und Ungültigkeit nicht äusserte und den prozessualen Ausdruck „iudicium non dabo" enthielt.

Ein gutes erbrechtliches Beispiel für diesen Zusammenhang zwischen Ediktsausdruck und Juristensprache finden wir bei Ulp. l. 1 D. 25, 4. Er überliefert uns hier in § 10 das Edikt des Prätors „de inspiciendo ventre custodiendoque partu". Für den Fall des Verstosses gegen seine Vorschriften, droht er am Ende

> ei quod natum erit possessionem causa cognita non dabo. sive . . . quas utique actiones me daturum polliceor . . . . eas, si mihi iusta causa esse videbitur, ei non dabo.

In § 15 kommt Ulpian mit folgenden Worten darauf zu sprechen:

> quod autem praetor ait, causa cognita se possessionem non daturum vel actiones denegaturum eo pertinet, ut si per rusticitatem aliquid fuerit omissum . . . . non obsit partui. quale est enim . . . . partui denegari bonorum possessionem.

Es ist dies ein Beispiel dafür, dass denegare nur ein Ausdruck für die Tätigkeit des Prätors im einzelnen Falle ist. Für die Aufstellung von Grundsätzen bedient er sich nicht desselben, sondern nur der Ausdrücke „actionem oder iudicium non dabo".

Tritt die bonorum possessio nun ein, so fallen damit auch alle Legate für Dritte dahin. Eltern und Kinder behalten sie aber ausnahmsweise („praetor excepit" l. 1 § 1 D. 37. 5). Bei der feinen Weiterbildung dieses Prinzipes in l. 3 D. 37. 5 finden wir nun wieder das prozessuale denegare in § 6:

> hoc amplius et si extraneo relictum sit sub hoc modo, ut alicui ex liberis praestet, aequissimum erit dicere, non debere ei praetorem denegare actionem.

Auch hier haben wir ein Beispiel dafür, wie der Prätor im Wege der einzelnen Entscheidung gegenüber dem Wortlaut seines Ediktes dessen Sinn durchführt.

Ebenso heisst es in Ulp. l. 5 § 3 l. c. in einem singulären Falle:

non esse ei denegandam petitionem legatorum,

Vgl. hierzu auch bei Tryph. l. 20 § 2 D. 37. 4 das

sed nec adversus eum constituendae actionis legatorum ratio est, qui mero iure intestato heres exstitit.

Ferner seien noch zwei Fälle erwähnt, in denen man sieht, wie der Prätor in freier Fortbildung des Rechtes die prozessuale Denegation als Strafmittel verwendet[13]), Scaev. l. 81 (79) D. 36, 1:

si in solidum bona venire non possunt, omnimodo actiones fideicommissario denegandae erunt: erat enim in potestate illius universum suscipere et si quid plus erit pupillo servare,

und Paul. l. 50 (48) D. 36, 1:

Paulus respondit: si certa portio hereditatis alicui relicta proponitur et is res hereditarias quasdam furatus sit, in his rebus, quas subtraxit, denegari ei petitionem oportere recte respondetur[14]).

Schliesslich sei noch auf l. 50 und l. 51 D. ad legem Falcidiam 35, 2 hingewiesen, aus denen man die Gleichstellung von exceptio und denegatio ersieht. Celsus sagt l. 50:

legata, a quibus heres summovere exceptione petitorem potest, in quartam ei imputentur nec ceterorum legata minuant"

und darauf folgt direkt Jul. l. 51:

nec interest, utrum ab initio quasi inutile fuerit an ex accidenti postea in eum casum pervenisset, ut actio eius denegaretur.

Auch bei der collatio bonorum werden dem, der nicht konferiert, die Klagen verweigert[15]), l. 1 § 10 § 13, l. 2 § 8 D. 37, 6, l. 5 § 1 D. 36, 3, c. 11, c. 12, c. 24 C. 6, 20. Hier lässt sich die

13) Vergl. auch Pap. l. 5 D. 37, 12, divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare. quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat, sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.

14) Vergl. c. 5 C. 6, 37: Non est dubium denegari actionem legatorum ei pro portione competenti in his rebus, quas subtraxisse eum de hereditate apparuerit. Antoninus a. 213.

15) Vergl. im entgegengesetzten Sinne Tryph. (Jul.) l. 20 § 1 D. 37, 4:
et hoc sit consequens illi . . . quamvis edicti verbis collatio inducatur, ex mente praetoris denegandam eam respondetur.

Denegation eher als Zwangsmittel bezeichnen, denn sie tritt nicht, wie in den bisher behandelten Fällen, wie eine Strafe nur als unwiderrufliche Folge ein, sondern sie kann durch nachträgliche Kollation wieder beseitigt werden. Dass sie bei der letzteren Art der einstweiligen Verweigerung im rein prozesstechnischen Sinne gebraucht wird, bedarf keiner Erläuterung. Vgl. Ulp. l. 1 § 10 D. 37, 6:

> quod si per contumaciam actiones denegatae sint, oblata postea cautione recipit pristinum ius,

ebenso § 13:

> . . quod si per inopiam, sextantis tantum denegandas, sic tamen ut possit supplere cautionem . .

Ohne Angabe besonderer Gründe einfach als Folge des Mangels der Erbenqualität findet sich ferner die Denegation bei Ulp. l. 69 D. 29, 2:

> remedium praetoris et circa denegandas primo actiones et . . .

und Ulp. l. 2 § 47 D. 38, 17:

> matre prohibita ius suum vindicare (ex s. c. Tertulliano)... sed denegamus ei actiones.

Besonders sei schliesslich noch hervorgehoben, dass die Denegation auch vorkommt, wenn jemand deswegen nicht Erbe ist, weil er die Deliberationsfrist versäumt hat, Ulp. l. 69 D. 29, 2:

> intra quem diem nisi aut adeat aut pro herede gerat denegamus ei actiones

und weil er der Erbschaft entsagt hat[16]), Pomp. l. 99 D. 29, 2:

> praetorem ... denegaturumque ei, quae se abstinuerat.

Das sind Fälle, in denen dem Erben oder Legatar die Actio verweigert wird. Umgekehrt findet sich auch bei Klagen gegen einen Erben die Denegation, wenn der Angegriffene nicht Erbe ist. Dass solche Fälle viel seltener sind, liegt in der Natur der Sache, denn auch derartige Klagen gegen falsche Personen sind selten. Die Denegation kommt vor bei der Erbschaftsentsagung, so Paul. l. 11 § 1 D. 20, 6:

---

16) Ein solcher verliert aber nicht, weil er gegen den Willen des Erblassers handelte, das Recht auf Legate, Pap. l. 87 D. 30:

> filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque relinquit. durissima sententia est existimantium denegandum ei legati petitionem. si patris abstinuerit hereditate: non enim impugnatur iudicium ab eo qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari.

. . . obligationem autem personalem perseverasse: sed adversus eam, quae patris hereditate se abstinuit, actionem non esse dandam,

und Javol. l. 28 D. 42, 5:

quaero, cum praetor in ipsum pupillum . . . creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio . . . respondit: quod praetor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris eius venditis in eum actio detur . . . itaque in id, quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur . . .

Von besonderem Interesse ist Gai. l. 57 D. 29, 2:

necessariis heredibus . . . abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut quamvis creditoribus hereditariis iure civile teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem.

Bei einem Ueberblick auf alle diese Stellen, in denen die denegatio im Erbrecht vorkommt, lässt es sich nicht leugnen, dass denegare hier nicht selten zum Ausdruck des Prinzipes, also mehr im allgemeinen Sinne verwandt wird[17]). Man könnte diese Erscheinung dazu benutzen wollen, um die prozesstechnische Bedeutung von denegare zu leugnen oder um mindestens die Möglichkeit zu bestreiten, eine solche prozesstechnische Verwendung nachzuweisen. Demgegenüber ist gerade die letztzitierte l. 57 D. 29, 2 von Bedeutung. Denn aus ihr ersieht man, dass denegare in den Stellen, in denen es nicht eine einzelne Prozessentscheidung trifft, noch lange nicht die civilrechtliche Bedeutung als „Nichtzustehen eines Anspruches" haben muss. Sie ist ein treffender Beweis dafür, dass das prätorische Edikt das Civilrecht nicht aufhob — iure civili teneantur — und dass der Prätor seine legislative Macht nur dadurch durchsetzen konnte, dass ihm das gewaltige Prozessmittel der denegatio — tamen actio non detur — zur Verfügung stand[18]).

17) Wie auch bei Gaius IV, 112 „sed heredibus huismodi (poenales) actiones conpetunt nec denegantur", in welcher Stelle conpetere sich auf die civilen, denegare auf die prätorischen Klagen bezieht, und bei Ulp. l. 3 § 5 D. 11, 6 . . hanc actionem . . in heredem similesque personas denegandam.

18) Ein in diesem Sinne passendes Gegenstück zu der allgemeinen Verwendung in obiger Anmerkung ist Paulus libro primo ad edictum praetoris l. 35 D. 44, 7 in honorariis actionibus . . . post annum non dantur . . . anno finitur, quia contra ius civile datur.

§ 12.

5. Rechtsfragen.

Die Denegation findet sich ferner in einer Gruppe von Fällen, in denen es dem Anspruch, sei es zu seiner vollkommenen Entstehung, sei es zu seinem ungestörten Fortbestande an einem Erfordernisse fehlt, während die übrigen Voraussetzungen gegeben wären. Zwar ist auch hier ein Eingehen auf Tatsachen für den Prätor nicht immer unnötig, jedoch es überwiegen hier lediglich juristische Erwägungen und es tritt damit die Stellung des Prätors als Interpret des Rechtes in den Vordergrund. Es muss hier aber gewarnt werden vor einem Rückfall in den früheren Irrtum, dass es stets Pflicht des Prätors gewesen wäre, solche Rechtsfragen in iure zu entscheiden und dass der Judex nur Tatsachen hätte prüfen können. Es liegt kein juristischer Grund vor, der den Prätor gehindert hätte, auch solche Fragen durch „formulas in quibus de iure quaeritur" dem Judex zu überweisen. Aber natürlich wird er von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht haben, wenn er sich über die Rechtsfrage und die daraus folgende Entscheidung des Streites schon vollständig klar war. Tatsächlich mag ihn auch bei der einen oder anderen Formula, insbesondere von den formulae in factum conceptae, die Schwierigkeit, eine solche Rechtsfrage mit genügender Klarheit in der Formel zum Ausdruck zu bringen, zum eigenen Studium der Frage und zur Entscheidung gedrängt haben. Doch wird diese Schwierigkeit nicht häufig gewesen sein, denn auch bei formulae in factum ist der Judex nicht auf Prüfung von Tatsachen beschränkt. So z. B. (Gaius IV, 46. 47) bei der Formel „si paret, illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse" etc. liegt in dem „in ius vocatum esse" eine reine Tatfrage, mit deren Entscheidung aber noch nicht die Rechtsfrage gelöst ist, ob auch ein Verstoss „contra edictum llius praetoris" vorliege. Ebenso ist bei der actio depositi in factum „si paret, A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuisse", etc. mit der Tatfrage, ob der Tisch hingegeben sei, noch lange nicht die Rechtsfrage, ob dies auch zum Depositum oder etwa zum Commodatum, zur Miete oder zum Eigentum geschehen sei, erledigt. Also auch solche Formeln waren zur Ueberweisung von Rechtsfragen geeignet.

Ein allgemeines Prinzip leuchtet uns auch aus den hier zu rubrizierenden Fällen nicht entgegen. Es liegt keine besondere Pflicht des Prätors, so zu handeln, hier vor, sondern nur seine allgemeine, die wir eben in dem Ausspruch „cum ad officium eius pertineat lites deminuere" charakterisiert fanden. Hätten sich die betreffenden Tatbestände nicht schon in iure, sondern erst in iudicio herausgestellt, so hätte die Entscheidung des Judex nicht anders gelautet, wie jetzt die des Prätors lautet. Hier lässt sich anführen Paul. l. 18 § 5 D. 4, 3:

> si servum, quem tu mihi promiseras alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis, ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur.

Der von der lex Aquilia erforderte Schaden liegt hier nach Ansicht des Prätors nicht vor, da der Sklave bereits verkauft ist und somit auf Gefähr des Käufers steht[1]). Um eine ganz ähnliche Frage handelt es sich bei Paul. l. 47 D. 21, 1:

> si hominem emptum manumisisti et redhibitoriam et quanti minoris denegandam tibi Labeo ait, sicut duplae actio periret: ergo et quod adversus dictum promissumve sit, actio peribit.

Vgl. dazu l. 25 D. 21, 2 mit der Begründung, quia non evincitur quo minus habere tibi liceat, quem ipse ante voluntate tua perdideris. Ein anderer Fall aus der Eviktionslehre ist Paul. l. 56 § 1 D. 21, 2.

> si compromisero et contra me data fuerit sententia, nulla mihi actio de evictione danda est adversus venditorem.

Angereiht sei hier Paul. l. 20 § 3 D. 13, 7.

> interdum etsi soluta sit pecunia, tamen pigneraticia actio inhibenda sit, veluti si creditor pignus suum emerit a debitore.

Bei der Einfachheit des Falles wird prozessuale Verwendung des inhibere anzunehmen sein.

Bei der Frage der Wirkung einer noxae datio auf dritte dinglich Berechtigte heisst es bei Ulp. l. 3 D. 2, 9 und l. 17 § 2 D. 7, 1:

> denegatur ei per praetorem ususfructus persecutio.

---

1) Gerade wegen dieser Stelle halte ich die Formelrekonstruktion von Karlowa (Legisaktionenprozess, S. 199) und nicht die von Lenel (Edikt, S. 158) für zutreffender.

Ebenso sagt Gaius l. 27 D. 9, 4:

> et pignoris persecutionem vel usus fructus actionem negaturum.

Die gleiche Wirkung hat die Einweisung wegen damnum infectum, so Ulp. l. 15, §§ 24, 25 D. 39, 2:

> si qua sint iura debita his, qui potuerunt de damno infecto satisdare, deneganda erit eorum persecutio adversus eum, qui in possessionem missus est. et ita Labeo probat. Item quaeritur in pigneraticia creditore, an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui iussus sit possidere. et magis est ut . . . pignoris persecutio denegetur

und Paul. l. 10, h. t.

> sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Julianus scribit.

Im Gegensatz hierzu tritt keine Denegation ein bei Gleichberechtigten, Herm. l. 11 D. 36, 4:

> nam et si mihi sub condicione legatum est et tu medio tempore in possessionem eius factus fueris legatorum servandorum causa, deinde condicio impleta esset, non denegabitur mihi eius rei integra persecutio.

Bei dem s. c. Velleianum wird meist von „senatus consultum locum habere" und der „exceptio senatus consulti" gesprochen. Denegare findet sich nur bei Afr. l. 19, § 5 D. 16, 1:

> mihique in mulierem actio denegetur quando haec actio periculo mulieris futura sit

und non dare bei Gai. l. 12 D. 4, 4:

> si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoveri debet.

In beiden Fällen handelt es sich um rein juristische Fragen. In der letzten Stelle scheint eher non dare als exceptione summoveri prozesstechnisch gebraucht zu sein, da letzterer Ausdruck im Titel 16, 1 vielfach im civilistischen Sinne gebraucht wird.

Ebenfalls steht lediglich eine Rechtsauslegung in Betracht bei Ulp. l. 3 § 5 D. 2, 2:

> quod autem ait praetor, ut is eodem iure utatur, an etiam ad heredem haec poena transmittatur? et scribit Julianus non solum ipsi denegari actionem, sed etiam heredi eius.

Von ähnlichen Fragen der aktiven und passiven Vererblichkeit von Klagen[2]) handelt es sich bei Ulp. l. 7 § 6 D. nautae caup. 4, 9:

> haec iudicia, quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur. proinde et si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum, nec intra annum.

Paul l. 10 § 2 D. 2, 11:

> qui iniuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam ut adversarius suus iudicio sistat: commissa stipulatione mortuus est . . . quamvis enim haec stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est (actio), nam . . .

und Gaius l. 9 D. 11, 7:

> unde miror, quare constare videatur neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem, nam . . .

Von dem Einfluss des Konkurses auf Dauerleistungen handelt Ulp. l. 40 D. 38, 1:

> si bona patroni venierint, operarum quae post venditionem praeterierint, actio patrono dabitur, etsi alere se possit: ante venditionem praeteritarum non dabitur, quoniam ex ante gesto agit.

Auch hier handelt es sich um eine Rechtsauslegung, vergl. l. 4 D. 42, 7 und l. 25 § 7 D. 42, 8.

Rechtsfragen aus dem Gebiet des Peculienrechtes sind Ulp. l. 42 D. 15, 1:

> in adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant

und Ulp. l. 1 § 7 D. 15, 2:

> nam si cum peculio vel legavit vel liberum esse iussit, quaestionis fuit: et mihi verius videtur non dandam . . . de peculio actionem[3]);

sowie Ulp. l. 3 § 8 D. 15, 1:

> verius ex compromisso servi non dandam de peculio actionem, quia nec si iudicio condemnetur servus, datur in eum actio.

---

2) Die hier aufgeführten drei Stellen betreffen Spezialfälle. Als allgemeinen Ausdruck für die Unvererblichkeit von Klagen ist „non dare" sehr häufig.

3) Vergl. l. 47 § 6 D. 15, 1.

Aus dem Vormundschaftsrecht sei hier angeführt, Scaev. l. 37 § 1 D. 27, 1:

> respondi, si errore potius . . . quam malitia ab administratione cessasset, utilem actionem non dandam.

Dem Recht der Freigelassenen gehören an Val. l. 46 D. 38, 1:

> Liberta, si in concubinatu patroni esset, perinde ac si nupta eidem esset, operarum petitionem in eam dari non oportere constat[4]);

und Paul. l. 18, l. 20 h. t.

> Suo victu vestituque operas praestare debere libertum Sabinus ad edictum praetoris urbani libro quinto scribit: quod si alere se non possit, praestanda ei a patrono alimenta, (l. 20) nisi fiat, praetorem ipsam patrono denegaturum operarum praestationem.

In beiden Fällen wird es sich eher um Rechtsfortbildung als um Rechtsauslegung handeln. Dagegen sind nur bei der Rechtsauslegung gebrauchte Phrasen, Paul. l. 6 D. 4, 9:

> licet gratis navigaveris . . . non tamen in factum actiones tibi denegabuntur

und Ulp. l. 1 § 13 D. 43, 20:

> idem Labeo scribit, etiamsi praetor hoc interdicto de aquis frigidis sentiat, tamen de calidis aquis interdicta non esse deneganda.

„Wäre das Recht ein anderes, so würde die Denegation erfolgen", das mag die Association gewesen sein, die die Juristen hier das „non denegare" gebrauchen liess.

Dagegen zweifellos prozesstechnisch ist schon wegen der Stärke des Ausdruckes das non dare bei Ulp. l. 50 D. 21, 2:

> si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes, nemo unquam dixit, dandam in eos actionem re evicta. sed si dolo rem viliori pretio proiecerunt, tunc de dolo actio datur adversus eos domino rei.

Ebenso ist es bei Ulp. l. 9 § 2 D. 39, 2:

---

4) Vergl. Hermog. l. 48 D. 38, 1:
Sicut patronus . . ., qui libertae nuptiis consensit operarum exactionem amittit . . . Patronae . . ., quae libertae nuptiis consensit, operarum exactio non denegatur, quia his nec ab ea quae nupta est indecore praestantur.

> si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas . . . nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa,

denn hier soll verhütet werden, dass der Oberlieger nur den guten abgestürzten Boden holt, die Beiseiteräumung des anderen aber dem Unterlieger überlässt oder umgekehrt, dass der Untere den guten Boden behalten will, trotzdem aber die Beseitigung des schlechten verlangt.

Dagegen findet sich non dare, wo es offensichtlich nur auf die Würdigung von Tatsachen ankommt, bei Afr. l. 7 D. 14, 1:

> quare etsi in ea causa fuerit navis ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum actionem dari.

Die Stelle spricht vorher von der Beweispflicht und es folgt ein Fall mit leichter Beweiswürdigung, so dass man annehmen könnte, dass auch hier (multo tamen maior) ein offensichtliches, schon dem Prätor erkennbares Missverhältnis vorlag. Doch sei dies hier dahingestellt, ebenso wie bei Ulp. l. 29 § 3 D. 9, 2:

> si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam,

ferner § 4:

> sed si tanta vis navi facta est . . nullam in dominum dandam actionem,

und § 7:

> magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri . . . . si quid tamen magistratus adversus resistentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia: nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit, nulla datur actio.

Angereiht sei hier Paul. Sent. V, 11, 5:

> . . . lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur.

§ 13.

VI. Die Unbeschränktheit des Denegationsrechtes.

Es ist nun die wichtige Frage zu untersuchen, ob der Prätor in der Ausübung seines Denegationsrechtes in irgend einer Weise beschränkt war.

Der nächstliegende Gedanke wäre, dass der Prätor als lex loquens dieses Recht nur dort gehabt habe, wo es ihm durch Gesetz oder Senatuskonsult besonders verliehen war. Oder — da diese Beschränkung schon auf den ersten Blick als zu weit gehend erscheint — man könnte die Denegation davon abhängig machen wollen, dass der Prätor schon selbst in seinem Edikt das Verweigern angekündigt oder mindestens das dare actionem nicht schlechthin, sondern nur unter dem Vorbehalt „causa cognita" versprochen hatte. Das denegare findet sich auch in allen diesen Fällen und erscheint dann nur als die Durchführung eines bestehenden civilen Rechtssatzes, nicht aber als ein besonderes prozessuales Recht des Prätors.

I. Keine Ermächtigung durch spezielles Gesetz erforderlich.

In Gesetzen und Senatuskonsulten begegnet uns meistens die Formel „ne actio esto" [1]) oder „ne actio neve petitio daretur [2]). Bei ihr, ebenso wie bei der häufigeren positiven Form [3]) „petitio

1) Z. B. Lex Acilia repetundarum 57, 75.

2) Z. B. Sen. Cons. Macedonianum (l. 1 D. 14, 6). Velleianum (l. 2 D. 16, 1).

3) Z. B. Lex Mamilia 54, Lex Julia municipalis 97, 107, 125, 141, Lex Ursonensis in allen Variationen 61, 74, 75, 81, 82, 92, 93, 97, 104, 125, 126, 128—132. Lex Salpensana 26, 58, 62, 67.

esto", „petitio persecutio esto", actio petitio persecutio esto" könnte es zweifelhaft sein, ob diese Ausdrücke etwa in dem Sinne Papinians l. 28 D. 44, 7

> actio in personam infertur: petitio in rem: persecutio in rem vel in personam rei persequendae gratia

zivilistisch zur Bezeichnung dinglicher und obligatorischer Ansprüche verwendet werden oder in prozessualem Sinne wie bei Ulpian l. 178 § 2 D. 50, 16

> „actionis" verbum et speciale est et generale. nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio: sed plerumque „actiones" personales solemus dicere. „petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. „persecutionis" verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii exsecutionem.

Eine allgemein gültige Entscheidung wird sich hier kaum treffen lassen[4]. Jedenfalls darf man nicht verkennen, dass die Römer auch rein prozessuale Ausdrücke und Institute anwenden nicht bloss, um prozessuale Rechtssätze wie z. B. Zuständigkeitsnormen damit zu statuieren, z. B. Lex agraria von 643, Z. 34, 35

> „neive magistratus prove magistratu de eo agro loco ious deicito neive decernito neive iudicium neive iudicem neive recuperatores dato, nisei consul praetorve"

sondern auch um zivile Rechtssätze auszusprechen, z. B. dasselbe Gesetz 57 ff., bes. 60

> neive (II vir) unius hominis nomine . . . . amplius iugera CC in singulos homines data adsignata esse fuiseve iudicato[5].

Hierin liegt aber trotz der prozessualen Form immer nur die Statuierung eines zivilen Satzes, den der Prätor natürlich wie jeden anderen durchführen soll. Dagegen werden durch solche Formeln dem Prätor keine besonderen prozessualen, bisher nicht vorhandene Rechte gegeben oder Pflichten auferlegt. Er erhält nicht erst dadurch das Denegationsrecht oder etwa das Recht, gewisse Thatachen nicht erst auf Parteiantrag, sondern schon von Amtswegen zu berücksichtigen[6]. Er wird dadurch

4) Vgl. dazu Wlassak, Prozessgesetze I, S. 81 f. und die dort Zitierten.

5) Vgl. dazu Weber, Röm. Agrargeschichte, S. 71 A. 42.

6) Man denke an den Streit über die Berücksichtigung der sog. exceptiones s. c. Macedoniani und Velleiani. Bei klarer Erkenntnis des Römischen Prozesses hätte

— wenn nichts anderes dazu kommt — nicht etwa besonders verpflichtet, nur causa cognita die Actio zu geben. Denn aus den bisher besprochenen Denegationsstellen ergiebt sich schon zur Genüge, dass er diese Rechte auch dort gebraucht, wo ihm keine Anweisungen dazu erteilt sind. Es ist prozessual genau dasselbe, wenn der Prätor eine Klage hier deshalb denegiert, weil der Kläger wider den eben zitierten klaren Rechtssatz mehr wie 200 iugera für sich beansprucht oder wenn er dies dort thut, weil der Kläger ersichtlich contra bones mores handelt oder weil er ihn auf einem vielleicht sehr verborgenen Schleichwege des in fraudem legis agere ertappt. Dass im Anschluss an solche Gebote die Denegation vorkommt, ist natürlich, aber gerade auffallend viel häufiger wie sonst findet sie sich hier nicht. So sagt z. B. das S. C. Macedonianum (l. 1 pr. D. 14, 6): „placere ne cui . . . actio petitioque daretur“. Aber nur dreimal findet sich actionem denegare in dem ganzen Titel. So bei Ulp. l. 7 § 7 h. t.

> non solum ei, qui mutuam dedisset, sed et successoribus eius deneganda est actio

wo es auch zivil gemeint sein kann; ferner bei Paul. l. 9 § 2 h. t.

> . . decreto amplissimi ordinis actio denegatur[7]) nec interest consumpti sint nummi an exstant in peculio

wo es, dem weiteren Zusammenhang nach zu urteilen, lediglich im allgemeinen Sinne gebraucht zu sein scheint. Schliesslich in zweifellos prozesstechnischer Bedeutung, da es sich nur um ein einstweiliges denegare handelt, bei Ulp. l. 1 § 1 h. t.

> „si pendeat an sit in potestate filius ut puta quoniam patrem apud hostes habet, in pendenti est an in s. c. sit commissum: nam si reciderit in potestatem, senatus

niemals bestritten werden können, dass der Prätor auch ohne Antrag wegen ihres Vorliegens sie in die Formel einsetzen oder die Actio denegieren dürfte (l. 32 § 4 D. 16, 1, S. 70 spricht bei richtiger Uebersetzung nicht dagegen. Cavere heisst dort nicht stipulieren, sondern allgemein „Sicherheit geben“, was durch das ad iudicem ire geschieht). Nur darüber könnte man streiten, ob auch der Judex sie — auf Antrag oder von Amtswegen — berücksichtigen konnte, auch wenn sie nicht in der Formel standen. Und hier wird sich der Satz des römischen Staatsrechtes zeigen, dass nur der Volksschluss lex ist und der Judex nur diese. aber kein Senatuskonsult seinem Urteil zu Grunde liegen darf, falls ihm nicht der Prätor etwas anderes gebietet.

7) Vgl. l. 7 § 10 h. t. non declaret senatus, cui exceptionem det § 11, § 14 exceptio senatus consulti.

consulto locus est, si minus cessat: interim igitur denegsanda est actio"[8]).

Auch „exceptionem denegare" findet sich in l. 9 pr. h. t. Die häufigsten Ausdrücke sind aber in diesem Titel „s. c. locum habere" oder „s. c. cessare". Auch „exceptio" wird viel, aber nicht immer im technischen Sinne gebraucht.

Ganz ähnlich liegt es bei dem S. C. Velleianum, das allerdings sein „ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur" nicht in dem anordnenden Teile enthält (l. 2 D. 16, 1). Denegare kommt hier nur einmal in einem Responsum bei der Entscheidung eines schwierigen Falles vor in l. 19 § 5 h. t. Exceptio wird in diesem Titel häufig gebraucht.

Vielleicht hat auch das Senatuskonsult „ea quae aedibus iuncta sunt, legari non posse" (l. 41 § 1 D. 30) eine solche Formel gebraucht, da sich l. 41 § 7 hierauf bezieht:

> sed et divorum fratrum est rescriptum ad libellum Procliani et Epitynchani ob debitum publicum desiderantium, ut sibi distrahere permittatur, quod eis ius distrahendi denegaverunt.

Vgl. auch über das S. C. Libonianum oben S. 93.

Auch Kaiserkonstitutionen mögen sich hier und da solcher Ausdrücke bedient haben, denn in l. 1 pr. D. 29,6 berichtet Ulpian:

> qui dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire volente eo facere testamentum vel mutare, divus Hadrianus constituit denegari ei debere actiones denegatisque ei actionibus fisco locum fore,

und es findet sich dann das denegare viermal in diesem Titel. Dass das „denegare", welches stets nur das Handeln des Prätors im Einzelfall bezeichnet, hier nicht in der Konstitution selber gestanden haben wird, wurde schon oben[9]) erwähnt und dabei auf die Analogie des „ne actio petitioque daretur" im S. C. Macedonianum in l. 1 pr. D. 14, 6 hingewiesen, von dem Paulus auch in l. 9 § 2 sagt:

> „decreto amplissimi ordinis actio denegatur".

8) Vgl. l. 1 § 1 D. 38, 17 medio tempore, dum status pendet, succurri eis per praetorem debeat.

9) Oben S. 92 A. 9 und S. 94, 95 über l. 16 § 6—10 D. 38, 2 und l. 1 D. 25, 4.

Ebenso verhält es sich mit dem Reskript des Antoninus Pius l. 5 § 1 D. 34, 9 über die Frage, wann durch Annahme eines Legates die Anfechtung des Testamentes ausgeschlossen werde. Es heisst dort im Reskriptstexte:

> petere hereditatem ipso iure poterunt. prohibendi autem sint an non, ex cuiusque persona condicione aetate cognita causa a iudice constituendum erit,

während Paulus in l. 43 D 5, 3 davon mit den Worten berichtet:

> imperator autem Antoninus rescripsit ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit.

II. Keine vorherige Ankündigung durch das Edikt erforderlich.

Im Edikt des Prätors ist die gewöhnliche Formel „iudicium non dabo" oder auch „actionem non dabo". In Ausführung solcher Verheissungen kommt natürlich denegare vor, dagegen bedient sich der Prätor dieses Wortes nicht im Texte seines Ediktes, wie schon oben an dem „causa cognita dabo — non dabo" und der Ulpianischen Erläuterung „quod ait praetor se . . . actiones denegaturum" der l. 1 §§ 10, 15 D. 25, 4 gezeigt wurde[10]). Diese Anpassung der Juristensprache an die Ediktsworte sieht man auch umgekehrt aus dem positiven „iudicium dabo" des Edikts de hominibus coactis et vi bonorum raptorum und dessen Erläuterung durch Ulpians „non esse denegandam actionem" in l. 2 pr. und § 1 D. 47, 8.

An Stellen, in denen der Prätor ein nacktes „non dabo" ausspricht, seien die folgenden hervorgehoben[11]). — Er ediziert z. B. über Verletzung und Entwendung beim Spiel in l. 1 pr D. 11, 5:

> si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit damnumve ei dederit sive quid eo tempore dolo eius subtractum est, iudicium non dabo in eum.

Im Anschluss daran findet sich natürlich non denegare (§ 1) negare, denegare (§ 3) dare (l. 4) actionem. — Das Gleiche muss der Prätor oder ein Senatuskonsult[12]) hinsichtlich dessen gethan haben, der pretii participandi causa se venumdari passus est.

10) Oben S. 95.

11) Vgl. auch oben S. 94, 95.

12) Vgl. l. 3 D. 40, 13 „quaero an et ad eos . . . senatus consulta pertinent" und Lenel, Edikt, S. 307.

Denn das „denegare libertatis proclamationem“ ist in den hiervon handelnden Stellen Ulp. l. 7, l. 14 D. 40, 12, Ulp. Pomp. Paul. l. 1—4 D. 40, 13 sehr häufig. Auf ein ergänzendes Edikt weist l. 14 D. 40, 12 in den Worten hin:

> rectissime praetor calliditati eorum . . . occurit. Dedit enim in eos actionem, quae actio totiens locum habet, quotiens non est in ea causa . . . ut . . . proclamatio denegatur.

Im Anschluss daran wird non denegare in l. 17 gebraucht.

Ueber den Eid ediziert der Prätor l. 7 D. 12, 2:

> eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo,

was Ulpian sogleich mit „pollicetur se actionem non daturum“ und (l. 9) „nam posteaquam iuratum est, denegatur actio“ erläutert. Auch die denegatio in der l. 35 (S. 79) lässt sich zu diesem Edikt in Beziehung setzen. Dagegen die beiden übrigen Denegationen dieses Titels (l. 9 § 5 S. 110 und l. 37 S. 32) sind keine Folgen aus diesem Edikt.

Nicht rein überliefert ist das Edikt über die Ansprüche der Mitkontrahenten eines in fraudem creditorum handelnden Schuldners, l. 25 D. 42, 5:

> ait praetor: quod postea contractum erit, quam is, cuius bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur,

denn dieses Sprechen in der dritten Person „ne—detur“ ist ein Hapaxheuromenon, dessen Echtheit schon deshalb unwahrscheinlich ist, weil der Prätor nur von seinen Absichten reden, nicht aber anderen, insbesondere nicht seinen Nachfolgern Vorschriften machen kann. Das Edikt wird wohl auch „actionem non dabo“ gelautet haben. Auf dieses Edikt bezieht sich die l. 9 § 5 D. 12, 2:

> si . . . experiri volet aut denegari debet actio aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum,

die deshalb interessant ist, weil man aus ihr sieht, dass der Prätor nicht etwa durch das „actionem non dabo“ verpflichtet war, selbst die Sachprüfung durchzuführen, sondern dass er sich der Hülfe der exceptio und des Judex bedienen konnte.

III. Kein ediktalischer Vorbehalt der causae cognitio erforderlich.

Häufig verspricht der Prätor die Klagen nur „causa cognita“ oder „si iusta causa esse videbitur“ oder er behält sich in anderer Form, z. B. „uti quaeque res erit, animadvertam“ ausdrücklich seine besondere Kognition vor[13]). Auch hierin liegt aber nicht das Setzen einer für die spätere Denegation notwendigen Voraussetzung, sondern umgekehrt wird der Prätor zu dieser Form von Edikten gekommen sein, weil er das Recht der Denegation hatte. Man kann dem nicht entgegenhalten, dass dann der Prätor ja gar keine Veranlassung gehabt habe, das „causa cognita“ noch besonders in das Edikt zu setzen. Denn wie oft sagen Gesetze etwas an und für sich Ueberflüssiges zu dem Zweck, um es dem Volke besser verständlich zu machen[14]). So mag auch der Prätor seind „causa cognita“ gesetzt haben, um vor einseitiger Auslegung, vor Buchstabeninterpretation, vor Uebertreibung seines Satzes, kurz vor allerlei Missverständnissen zu warnen oder um ein Analogon zur Klausel „ex fide bona“ zu haben. Auch für ihn selbst war diese beschränkende Klausel ein Schutz gegen den Vorwurf, von seinem Edikt abgewichen zu sein. Immerhin muss man bei der Frage nach dem Wesen der Denegation vorsichtshalber die Fälle, wo ein solches Edikt vorhergeht, ausser Ansatz lassen, damit die Gefahr eines Fehlschlusses vermieden wird. Schon in den obigen Darlegungen wurde zu wiederholten Malen auf die Abhängigkeit oder Unabhängigkeit von einem ediktalen „causa cognita“ hingewiesen. Hier sei noch folgendes erwähnt. Es lautet z. B. das Edikt über Geschäfte der Minderjährigen nach l. 1 § 1 D. 4, 4:

> praetor edicit: quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.

Dementsprechend heisst es bei Paul l. 24 § 5 h. t.:

> totum enim hoc pendet ex praetoris cognitione,

und bei Gaius l. 27 § 1 h. t.:

> si pecuniam, quam mutuam minor accepit, dissipavit denegare proconsul creditori adversus eum actionem. quod si egenti minor crediderit, ulterius procedendum non est,

---

13) Auch „viri boni arbitratu“. Vgl. oben S. 82.

14) Vgl. l. 15 § 26—28 D. 47, 10.

quam ut iubeatur iuvenis actionibus suis . . . cedere creditori suo

und ebenso in l 13, pr. h. t.:

in causae cognitione versabitur utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his qui pro eo obligati sunt, ut puta fideiussoribus. . . . . sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.

Das Edikt de dolo malo lautet nach l. 1 § 1 D. 4, 3:

quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.

In Bezug hierauf sagt Ulp. l. 9 § 5 h. t:

merito causae cognitionem praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est. nam ecce in primis si modica summa sit (l. 11) non debet dari.

So wird denn die Frage des dare oder non dare häufig in diesem Titel behandelt. Das non dare findet sich in l. 1, § 5 (S. 72) l. 7 § 6, l. 7 § 10:

idem Pomponius refert Caecidianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum etc.

in l. 9 pr., l. 11, l. 13 § 1:

item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio etc.[15]

in l. 15 § 1[16]), l. 25:

quaerentibus nobis, an in te doli iudicium dari debeat, placuit de doli actionem non dari etc.

Auch die actio quod metus causa wenn nach Ulp. l. 14 § 1 D. 4 2, „non semper, sed causa cognita" versprochen. In l. 17 h. t. findet sich ein non dare.

Noch einige andere seien aufgezählt. Das Edikt über das pupilli nomine tempus ad deliberandum petere enthält den Satz l. 7 pr. D. 28. 8:

si iusta causa esse videbitur, bona interea deminui nisi causa cognita boni viri arbitratu vetabo

15) Vgl. aber Ulp. l. 2 § 19 D. 47, 8. vi bonorum raptorum actio (die in l. 2 pr. ohne besondere causae cognitio versprochen ist) in impuberem, qui doli mali capax non est, non dabitur.

16) Siehe S. 90 A. 6.

und wird in § 2 erläutert durch

> his verbis praetor non tantum alienationem impedit, verum etiam actiones exerceri non patitur.

Auch das Edikt si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem verhiess die Klage nach l. 6 § 3 D. 29. 4: „non simpliciter . . . sed causa cognita“ und gleich im Anschluss daran wird zweimal von non dare gesprochen, auch in l. 7 von Marcellus von „non probe postulare“. Ebenso steht das „in maritum autem qui ignoraverit, non dandam actionem“ in l. 25 § 1 D, quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur 42. 8 in Verbindung mit dem Satze dieses Edictes in l. 10 pr. „interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam“.

Interessant ist vor allem Ulp. l. 15 D. 47, 10. In § 34 wird das Edikt des Prätors mitgeteilt:

> praetor ait: qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo.

Der letzte Satz wird in § 43 erläutert:

> proinde si quidem verberatus sit servus vel tormentis de eo quaestio habita est, sine causae cognitione iudicium in eum competit, si vero aliam iniuriam passus sit, non aliter competit quam causa cognita.

Aus diesem Gegensatz könnte man schliessen wollen, dass im ersteren Falle, wo sich der Prätor die cognitio nicht vorbehalten hat, er stets die Actio geben müsse und er kein Recht zur Denegation habe. Das wäre verfehlt. Das „competere“ ist hier nicht als Gegensatz zur Denegation gedacht. Es soll nur damit ausgedrückt werden, dass für den ersten schweren Fall des Auspeitschens und Folterns (§ 35 hanc enim et servum sentire palam est) ein fester Ediktssatz vorhanden ist, dass aber der zweite Ediktssatz nur eine Blankettbestimmung sei. Diese habe der Prätor hinzugefügt, um darauf hinzuweisen, dass er auch noch in anderen Fällen Schutz gewähren werde, dass er aber nicht unterscheidungslos jede Handlung, die einem Freien gegenüber eine Injurie wäre, als Injurien des Sklaven gelten lassen könne. Denn der Sklave in seinem Sklavensinn empfinde manches nicht als Injurie und deshalb könne sein Herr es auch nicht als solche geltend machen. Darum fährt die Stelle auch in § 44 fort:

itaque praetor non ex omni causa iniuriarum iudicium servi nomine promittit, nam si leviter percussus sit vel maledictum ei leviter, non dabit actionem: . . . puto causa cognitionem praetoris porrigendam et ad servi qualitatem etc.

und schliesst mit:

et sic aut permittet aut denegabit actionem.

Der Sinn des „sine causae cognitione competere" ist somit nicht der, dass hier die cognitio (und damit die denegatio) nicht stattfinden darf, sondern nur, dass sie hier im Gegensatz zu dem „non aliter quam causa cognita competere" nicht stattfinden muss. — Auch in l. 17 § 12 dieses Titels erfolgt das non dare auf Grund eines „causa cognita" des Edikts in l. 17 § 10. Dagegen in l. 7 § 1 h. t. „rectius fecerit, si huius modi actionem non dederit" geschieht das non dare nicht wegen solch eines Vorbehaltes — denn das generale edictum in l. 7 pr. (Coll. II 6 § 1) enthält ihn nicht — sondern aus der allgemeinen Machtvollkommenheit des Prätors heraus[17]), um die Sache dem Strafprozess zu überweisen.

Es findet sich somit eine ganze Reihe von Stellen, in denen die Denegation sich als abhängig von einem Gesetz oder Edikt hinstellen liesse. Es mag auch zugegeben sein, dass noch manche andere Stelle zu diesen gesellt werden würde, wenn wir das Edikt vollständig besitzen würden[18]). Aber in der grösseren Masse der Stellen zeigt sich doch, dass die Denegation von solchen Voraussetzungen nicht gebunden war und an dem Schlussergebnis, dass die Denegation in dieser Weise nicht beschränkt war, lässt sich nicht zweifeln.

IV. Keine Beschränkung auf prätorisches Recht.

Man könnte ferner versucht sein, die Denegation auf das Gebiet des prätorischen Rechtes zu beschränken, zumal die Juristen die prätorischen Klagen auf das dare des Prätors zu-

17) Ebenso in l. 17 § 2 h. t.

18) Auch der l. 99 D. 29, 2:

. . . sanctum Cassium praetorem causa cognita actiones hereditarias utiles daturum recte pollicitum ei, quae ad hereditatem patris accesserat, denegaturumque ei quae se abstinuerat . . . muss ein Edikt zu Grunde gelegen haben.

rückführen, während sie bei civilen Klagen von „competere" sprechen, so z. B. Gaius IV, 112:

> non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aeque competunt aut dari solent. est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed heredibus huius modi actiones competunt nec denegantur excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur acto.

Gerade dieses letzte, einseitig auf der prätorischen Seite stehende denegare könnte dazu verleiten[19]). Nun sind wir zwar über den Sprachgebrauch von competere und dare actionem bei den Römern noch nicht im klaren. Es ist aber auch für die vorliegenden Fragen gleichgültig, ob dem denegare ein dare actionem im weiteren Sinne entspricht, das sich im formulam dare verkörpert[20]) und sowohl bei actiones quae (iure civili) competunt wie bei solchen quae (iure honorario) dari solent stattfindet[21]), oder ob dem denegare als einzelne Gegensätze erstens das dare und zweitens das competere gegenüberstehen. Denn der Beweis, dass auch die Civilklagen, die actiones, quae ipso iure competunt, denegiert werden, liegt offen zu Tage. Man kann sich zwar

---

19) Es wird wohl auch hier, wie auch sonst nicht selten, nur als stilistische Abwechslung für dare stehen. Vgl. Wlassak, Prozessgesetze I, S. 45. Denkbar wäre ja auch, dass dieser letzte Satz stilistisch als Abschluss eine Vereinigung der beiden Gegensätze bewirken soll, so dass in ihm competere wie denegare auf beide Klagarten bezogen wären. Aber es ist unwahrscheinlich.

20) Also nicht etwa das Wenger'sche Zulassen des Rechtsschutzanspruches. Vgl. oben S. 15.

21) Klarheit wird wohl auch nur durch Prüfung aller Stellen zu schaffen sein. Vgl. Wlassak, Prozessgesetze I, S. 42 ff. und die dort Citierten sowie P. Krüger in Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. XXIX (1895), S. 1 ff. Einstweilen vermag ich nicht mit Wlassak ein dare actionem bei Civilklagen für unrömisch zu halten. Aussprüche wie Paulus-Labeo l. 1 D. 47, 7 „si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait" und Paulus l. 19 D. 13, 1 „Julianus ex persona filiae, quae res amovit, dandam in patrum condictionem in peculium respondit" stehen dem doch zu sehr entgegen. Beispiele für das fortwährende Wechseln der Ausdücke geben l. 5 § 5 D. 9, 3 und Ulp. l. IV. ad ed. in l. 1, 3, 5, 7 D. 11, 6 (in factum actionem proposuit — teneri — denegari — competere — agi non posse — non esse actionem — teneri — dare — denegare — competere — locum non habere — dare — agere posse — competere — dare — competere — dare).

nicht schon ohne weiteres auf jedes „competere, sed non dantur" (z. B. l. 9 § 7, l. 10 D. 27, 3) stützen[22]). Es könnte einem hier entgegengehalten werden, dass es sich in solchen Fällen um prätorisch-legislative Fortbildungen des civilen Rechtes — l. 35 D. 44, 7, quia contra ius civile datur — handele[23]). Und wenn diese auch die Denegation als Mittel zu ihrer Durchfürunhg nötig hätten. so wüsste man doch noch nicht, ob nicht bei ihnen die Denegation von einem vorausgehenden Edikt abhängig war. Sie könnten also nicht für deren unbeschränkte Zulässigkeit gegenüber allen civilen Klagen ins Feld geführt werden. Sie wären nur Analogien zu Ausdrücken wie Paul. l. 5 § 1 D. 34, 9:

> petere hereditatem ipso iure poterunt. prohibendi autem sint an non etc.

Ulp. l. 29 § 1, D. 49, 14 (S. 93)

> posse adire hereditatem constat, sed denegatis ei actionibus fisco locus erit.

und Gaius l. 57, D. 29, 2:

> quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur tamen in eos actio non detur.

Es genügt aber ein Blick in die oben gegebene Darstellung der Denegation aus sachlichen Gründen, um sich zu überzeugen, dass Civilklagen gerade so häufig wie prätorische Klagen verweigert werden. Alle Fälle wieder anzuführen wäre zwecklos. Es sei nur auf signifikante Fälle einiger Gruppen aufmerksam gemacht, unter denen auch noch alle Fälle, in denen man an Abhängigkeit der Denegation von Gesetzen, Senatuskonsulten und Edikten denken könnte, weggelassen sind. Die Denegation fanden wir oben vielfach bei Stipulationsklagen und zwar aus den verschiedensten Gründen, so Paul l. 4, D. 2, 8 (S. 74), Pap. l. 15, D. 2, 11 (S. 88), Paul l. 18 § 5, D. 4, 3 (S. 100), Pap. l. 71 § 1 D. 35, 1 (S. 72, 73), Pap. l. 15 § 1 D. 35, 2 (S. 73), Pomp. l. 27 pr. D. 45, 1 (S. 72), Cels. l. 97 § 2 D. 45, 1 (S. 72). Paul. l. 1 D. 47, 8 (S. 70). Ebenso treffen wir sie bei der actio legati z. B. Ulp. l. 1 § 3 D. 27, 2 (S. 76), Jul. l. 51 (S. 96) und l. 75 D. 35, 2 (S. 76), Jul. l. 20 § 1, D. 38, 2 (S. 70). Ferner bei der actio iudicati[24]) und zwar nicht bloss in ihrer prä-

---

22) M. E. spricht auch dieses non dare für ein zu dem competere noch hinzutretendes actionem dare des Prätors bei Zivilklagen.

23) Vgl. aber Ulp. l. 1 § 17 D. 36, 1.

24) Vgl. oben S. 85.

torischen Form wie bei Jul. l. 75 D. 5, 1 (S. 75), sondern auch in ihrer civilen Form, trotzdem es von dieser heisst, Paul. l. 17 § 1 D. 5, 2:

creditur ius ex sententia iudicis fieri[25])

in Ulp. l. 14 § 1 D. 9, 4 (S. 71), sowie Ulp. l. 4 pr. § 3 D. 42, 1 (S. 87, 89) und Vat. Frag. 332 (S. 88).

Es kann somit nicht bezweifelt werden, dass auch das „Anstrengen einer Civilklage" dem Kläger kein Recht auf eine Entscheidung, ein Urteil des Judex über seinen Anspruch gab, sondern dass er sich unter Umständen mit dem Dekret des Prätors begnügen musste. Es ist keine Rede davon, dass der Prätor durchaus „ein iudicium niedersetzen musste" und „es ihm untersagt war, Rechtsfragen selber zu erörtern"[26]).

V. Keine Beschränkung auf das iudi cium imperio continens.

Es ist weiter zu fragen, ob das Denegationsrecht des Prätors etwa durch das Prozessrecht beschränkt war.

Hier könnte zunächst an eine Beschränkung der Denegation auf das iudicium imperio continens und an eine Unzulässigkeit im iudicium legitimum gedacht werden. Es ist aber kein Grund zu einer solchen Annahme gegeben. Nach der Wlassakschen Auffassung ist das iudicium legitimum des Gaius IV, 103, 104 der volksrechtliche Privatprozess und alsdann muss die Denegation auch in ihm zulässig gewesen sein. Denn es ist ohne weiteres als unmöglich zu bezeichnen, dass alle unsere Stellen — an spätere Interpolation ist doch nicht zu denken — Fälle aus dem amtsrechtlichen Verfahren des iudicium imperio continens behandeln sollen. Nach früheren Auffassungen[27]) ist iudicium legitimum ein konkreter Prozessfall, in dem sich die von Gaius geschilderten Voraussetzungen der Legitimität — in urbe Roma, inter omnes cives Romanos, sub uno iudice — gerade zusammenfinden und der Gedanke einen solchen einzelnen, an

25) Gerade in Rücksicht auf diese Stelle scheint mir die Ansicht, dass die actio iudicati nur eine prätorische Klage gewesen sei, unhaltbar. Vgl. darüber Wlassak, Prozessgesetze I, S. 97 ff. und die dort Zitierten, auch Wenger, Actio iudicati, S. 96 ff. Ob nicht auch zu dieser Ansicht die Verkennung der Macht des Prätors beigetragen hat?

26) So Pernice, Parerga II, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 18 (1884), S. 44.

27) Da man in Anschluss an Gaius von Autun IV 97 ss. darauf (m. E. wohl zu Unrecht) zurückkommen könnte, halte ich eine Behandlung der Frage auch von diesem Standpunkt aus geboten.

die negotia solemnia des ius civile erinnernden Prozessfall der Macht des Prätors zu entziehen und lediglich der Souveränität des Volksgesetzes vorzubehalten, liegt nicht ferne. Den Quellenstellen gegenüber könnte man dabei behaupten, dass in ihnen kein solcher Legitimitätsfall geschildert werde und dass damit immer die Möglichkeit gegeben sei, dass in einem solchen Fall eben als Ausnahme die Unzulässigkeit der Denegation eingetreten wäre und dass vielleicht die Betonung dieser Ausnahme bei allgemein redenden Quellenstellen in der Justinianischen Gesetzgebung hinweginterpoliert worden sei. Demgegenüber wäre einmal darauf hinzuweisen, dass Gaius die Besonderheiten des iudicium legitimum genau schildert und dass deshalb die Annahme, er habe dabei eine so wichtige Materie wie das Denegationsrecht ausgelassen, bis zu einem solchen Grade unwahrscheinlich ist, dass man das Gegenteil, d. h. das Bestehen der Denegation im iudicium legitimum, als sicher annehmen kann. Ferner wäre zu betonen, dass nichts von irgend einer anderen Beschränkung der machtvollen Stellung des Prätors durch das iudicium legitimum gesagt ist und auch schon deshalb eine Abänderung bloss seines Denegationsrechtes in ihm im höchsten Grade unwahrscheinlich ist. Diese beiden Gründe kommen übrigens auch beim Zugrundelegen der Wlassakschen Auffassung des iudicium legitimum in derselben Weise in Betracht.

VI. Keine Beschränkung auf liquiden Sachverhalt.

Wie schon in der Literaturübersicht, § 2, erwähnt wurde, begegnet man häufig der Ansicht, dass die Denegation auf solche Fälle beschränkt war, in denen die Sachlage unbestritten oder unzweifelhaft, in denen Liquidität vorhanden war[28]. Das ist eine wichtige Frage, deren Lösung man nur durch eine weitergehende Zergliederung des Problems versuchen kann.

Zunächst ist als selbstverständlich zu betrachten, dass der Prätor bei verwickeltem, unklarem oder klarem, aber sehr bestrittenem Sachverhalt die Prüfung der Sache, insbesondere die Beweisaufnahme einem Judex überwies. Daraufhin war ja der ganze römische Civilprozess angelegt und schon die Macht der Verhältnisse, die dem Prätor obliegende Arbeitslast sorgte dafür,

28) Hier handelt es sich natürlich nur um solche Fälle, für die im Edikt keine causae cognitio angekündigt war.

dass der Prätor sich in solche verwickelte Prozesse nicht allzusehr vertiefte.

Hierbei erhebt sich die Unterfrage, ob etwa der Prätor bei gewissen Dingen die Pflicht gehabt habe, auch trotz verwickelter Sachlage eine Cognition wahrzunehmen und die Klage eventuell zu denegieren. Pernice hatte dies, wie erwähnt[29]), früher für die Denegation wegen Verstosses contra bonos mores oder contra legem publicam behauptet. Aber wenn auch bei solchen Dingen manchmal von einem „officium“ z. B. in l. 27 D. 45, 1 (S. 72) oder einem „debere“ des Prätors z. B. in l. 1 § 7 D. 39, 1 (S. 73) und l. 50 § 2 D. 38, 2 (S. 73) die Rede ist, so findet sich hier doch das einfache „praetor actionem denegat“ in l. 71 § 1 D. 35, 1 (S. 72, 73) und das „officium“ findet sich andererseits auch bei harmlosen Dingen, wie z. B. bei Denegation wegen teilweiser Befriedigung in l. 21 D. 12, 1 (S. 69).

Eine andere Unterfrage ist, ob etwa im allgemeinen eine Pflicht des Prätors bestand, solange in der sachlichen Cognition fortzufahren, bis er die Ueberzeugung erlangt hatte, dass es sich um „einen in thesi rechtlich begründeten Anspruch“ handele oder — anders ausgedrückt — dass der Anspruch die „Klagbarkeit“ habe. Denn bei dieser weitverbreiteten Ansicht darf man nicht übersehen, dass eine solche Feststellung sich nicht lediglich auf Grund rein juristisch theoretischer Erwägungen machen lässt, sondern dass dabei auch eine Prüfung der Thatsachen notwendig ist. Es sind natürlich Fälle möglich, in denen es sich lediglich um juristische Fragen dreht, und das brauchen nicht bloss Schulfälle wie das „homicidium vel sacrilegium se facturum promittere“ der l. 27 pr. 45, 1 (S. 72) zu sein, bei denen die Prüfung der „Klagbarkeit“ natürlich leicht ist. Aber in der Masse der Fälle hängen Thatsachen und Recht zu eng zusammen, als dass sie getrennt werden könnten, und ohne Sachprüfung lässt sich deshalb bei ihnen die „Klagbarkeit“ gar nicht feststellen, so z. B. in der schon S. 72 citierten Stelle des Celsus, l. 97 § 2 D. 45, 1.

> si tibi nupsero, decem dare spondes? causa cognita denegandam actionem puto nec raro probabilis causa eius modi stipulationis est.

Die Frage lässt sich hier nicht vollkommen lösen[30]), weil man dabei auf Dinge eingehen müsste, die aus dem Rahmen dieser

29) Oben § 2 und auch S. 71.

30) Vgl. unten § 15 II.

Arbeit herausfallen. Sie spitzt sich nämlich zu bei den actiones stricti iuris, deren prozessuale Bedeutung m. E. noch nicht genügend klargestellt ist. Was durfte der Judex alles bei seiner Entscheidung über ein nacktes, durch keine exceptio eingeschränktes „dare oportere" einer Formel in Betracht ziehen? Dürfte er — um zu einem signifikanten Fall zu greifen — wenn der Prätor einen der eben erwähnten Quellenfälle ohne exceptio überwiesen haben würde, das „dare oportere", weil es contra bonos mores sei, verneinen? Oder trug dann die formale Natur der Stipulatio einen Sieg über das materielle Recht davon und musste er wider sein Empfinden den Beklagten schuldig sprechen. Lag darin die prozessuale Bedeutung der actiones stricti iuris oder lag sie nur in einer Verschiebung der Beweislast zu Ungunsten des Stipulators?[30a]) Würde ersteres richtig sein, und dürfte der Judex solche Dinge nicht mehr berücksichtigen, dann müsste allerdings dem Prätor im Interesse der Gerechtigkeit die Pflicht oblegen haben, seine Sachprüfung mindestens solange fortzusetzen, bis er sich über die Notwendigkeit einer exceptio wenigstens klar war. Wäre es aber unrichtig — und das scheint mir der Fall zu sein — so müsste man sich fragen, was für einen Zweck denn diese Prüfung des „rechtlich in thesi Begründetseins" oder der „Klagbarkeit" gehabt haben soll, und man käme dann zu dem Ergebnis, dass eine solche Pflicht des Prätors gar nicht bestanden hat, sondern dass man nur eines seiner Rechte, nämlich das auch in solchen Fällen gehandhabte Denegationsrecht fälschlich als den Ausfluss einer solchen Pflicht angesehen hat. Man mag dazu veranlasst worden sein durch die dem Prätor obliegende Konzipierung der Formel, eine Arbeit, bei der er naturgemäss über den Sachverhalt und dessen rechtliche Qualifizierung bis zu einem gewissen Grade sich klar werden musste. Aber man darf nicht übersehen, dass, wie in den zitierten Stipulationsfällen, die eventuell nötige Formulierung ohne weiteres gegeben sein konnte und dass also in solchen Fällen die „Prüfung der Klagbarkeit" noch etwas Besonderes, über die Formelkonzipierung Hinausgehendes sein müsste.

Jedoch kehren wir nach Ablehnung solch gearteter Pflichten des Prätors wieder zu der Hauptfrage zurück. Bei einem

---

30a) Und bei den unter ihnen die Regel bildenden actiones certi darin, dass nur über das „Ob", nicht aber über das „Was" gestritten werden konnte.

liquiden Streitverhältnis, d. h. bei einer solchen Sachlage, die dem Judex die sofortige Abgabe seines Urteils gestattet hätte, war die Denegation unbestritten zulässig. Lag nicht Liquidität vor, so soll sie in dem Sinne unzulässig gewesen sein, dass es dem Prätor versagt gewesen sein soll, sich selbst die Liquidität zu verschaffen. So wie eine rechtlich erhebliche Tatsache noch bestritten war, soll ein iudicium unvermeidlich gewesen sein. Man will also dem Prätor nicht die Möglichkeit einer Prüfung der Sache etwa in dem Sinne bestreiten, wie Wieding es tat, der dem Prätor nur die Prüfung der Rechtsbehauptungen und dem Judex die der tatsächlichen Behauptungen zuweisen wollte. Vielmehr gesteht man dem Prätor auch das Recht der Prüfung der Tatsachen zu. Aber er soll dabei vollkommen abhängig von den Parteiaussagen gewesen sein. Sowie eine Tatsache bestritten wurde, soll seine Kompetenz aufgehört haben und er verpflichtet gewesen sein, einen Judex zu bestellen. Beweiserhebungen, auch solche einfachster Natur, wie Einsichtnahme in eine mitgebrachte Urkunde oder Hören eines miterschienenen Zeugen, sollten ihm also verschlossen gewesen sein. Diese Ansicht erscheint verlockend, weil sie für die Trennung der Tätigkeit des Prätors und des Judex eine scharfe Scheidewand gibt und dafür sowohl theoretische Gedanken (z. B.: Erst bei Bestrittenheit beginnt die eigentliche Aufgabe des Richters als eines Urteilers), wie praktische Erwägungen (z. B.: Der Prätor hat keine Zeit zu langwierigen Beweisaufnahmen) anführen kann. Sie ist aber niemals näher ausgeführt oder begründet worden und wenn man das versucht, zeigen sich doch erhebliche Schwierigkeiten. Wie steht es, wenn die Parteien nicht um Tatfragen, sondern um Rechtsauslegungen streiten? Müssen sie sich dann mit der juristischen Ansicht des Prätors begnügen oder haben sie dann auch ein Recht auf das Urteil des Volksmundes des Judex? Man wird, wenn auch vielleicht ungern, sich für ersteres entscheiden. Wie steht es dann, wenn der Prätor der Feststellung einer streitigen Tatsache bedarf, nicht um zu einer definitiven Entscheidung, sondern lediglich, um überhaupt zu der Sicherheit zu gelangen, um welches Rechtsverhältnis, um welche Actio es sich handele? Mit einer einfachen Verweisung auf die Inserierung einer Exceptio kommt man doch hier in praxi nicht aus. Es hat aber keinen Zweck, solche Gedanken hier weiter auszuspinnen, da ja die Möglichkeit, dass die Römer durch solch einen scharfen

Schnitt die Tätigkeit des Prätors und des Judex hätten trennen können, zugegeben werden muss und somit lediglich die Quellen über Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Ansicht entscheiden.

Die Vertreter dieser Ansicht stützen sich[31]) auf Ulp. l. 9 pr. D. 12 2, (S. 79).

> nam posteaquam iuratum est, denegatur actio aut si controversia erit, id est si ambigitur an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est.

Sie könnten ferner noch anführen Ulpian, l. 21 § 9, D. 4, 8 (S. 75), der von den im Schiedsrichtertermin wegen Krankheit und Aehnlichem Ausbleibenden sagt:

> sed si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione (doli cf. l. 4 § 2 D. 44, 4) tutum fore,

und auf Paul Sent. II. 1, 3 (S. 80):

> si reus cum iurare velit, actor illi necessitatem iurisiurandi remisit et hoc liquido appareat, actio in eum non datur.

Der Beweis für diese angebliche Beschränkung ist somit ein recht dürftiger. Keine dieser Stellen spricht von einer Pflicht zur Ueberweisung der Sache an den Judex, sondern alle sprechen nur von der Tatsache einer solchen Ueberweisung. Dass aber der Prätor im Falle des Bestrittenseins im Interesse seiner Entlastung die Sache möglichst rasch auf die Schultern des Judex ablud, kann und soll ja nicht in Zweifel gezogen werden. Bestritten soll nur werden, dass er in solchen Fällen gar kein Recht zur eigenen causae cognitio gehabt habe.

Es sei hier zunächst hingewiesen auf die schon mehrfach zitierte l. 97 § 2 D. 45, 1:

> si tibi nupsero, decem dare spondes? causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est.

Der Gedanke an ein die causae cognitio sich vorbehaltendes Edikt ist hier vollständig ausgeschlossen. Die causae cognitio ist sonst ein technischer Begriff, der das Recht der Beweiserhebung in sich schliesst, und es ist unmöglich, ihn hier anders aufzufassen und auf das Befragen der Parteien selbst beschränken zu wollen. Man sieht, der Prätor soll hier nicht ohne weiteres die Actio des Wortlautes der Stipulation wegen denegieren, aber auch nicht sie ohne weiteres geben, sondern causam cognoscere.

---

31) So Albrecht, Savigny, Helmolt (oben § 2). Vgl. auch Bülow S. 268

Ferner die oben Seite 85, 86 vollständig abgedruckte l. 22 § 6 D. 24, 3:

> . . . nonnunquam patri denegandam actionem . . . puto dari quidem patri actionem, sed causa cognita,

Ulpian verlangt hier eine weitgehende sachliche Prüfung des Charakters und der Sitten des Vaters und der Tochter, die lediglich auf Grund der Parteivorträge sicher nicht zu machen war, zumal sogar von der Abwesenheit der Tochter gesprochen wird und diese auch gar nicht als Gegenpartei auftritt. Von einem Vorbehalt der cognitio im Edikt ist hier ebenfalls nicht die Rede.

Ferner erwäge man Stellen wie Jul. l. 20 § 1 D. 38, 2 (S. 70) oder Ulp. l. 14 § 1 D. 9, 4 (S. 71), auch Ulp. l. 3 § 13, D. 29, 5 (S. 74), l. 3 pr. D. 11, 6 (S. 71), l. 3 pr. D. 47, 6 (S. 71), in denen der die Denegation herbeiführende Umstand stets in einer dritten Person liegt. Der Gedanke, dass diese dritte Person als Zeuge gehört worden ist, liegt nahe. Denn in einigen Fällen kann der Prozessführende von seiner Handlungsweise gar nichts wissen und war es somit recht leichtgläubig, wenn er lediglich auf die Angaben des Gegners hin den Umstand zugestehen und damit die Liquidität herbeiführen würde. In anderen ist es wahrscheinlicher, dass diese Fälle so gedacht sind, dass in ihnen die Unkenntnis supponiert wird, als dass der Prozessführende die Kenntn is hat und doch (etwa aus Rechtsirrtum) klagt. Ferner sei auf allgemeine Ausdrücke hingewiesen, wie Ulp. l, 26 § 4 D. 4, 6:

> ait praetor: sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur. . . . Labeo ait restitutionem faciendam. per magistratus autem factum ita accipiendum est, si ius non dixit: alioquin si causa cognita denegavit actionem, restitutio cessat. et ita Servio videtur,

denn die Wahrscheinlichkeit, dass dieses causa cognita denegare ganz allgemein gebraucht sei, ist wegen des Gegensatzes zum ius non dicere viel grösser als die, dass es sich nur auf ein im Edikt vorbehaltenes causa cognita handeln und nicht auf jedes denegare bezogen habe.

Zieht man zu alledem noch die unbeschränkte Machtfülle des prätorischen Imperiums in Betracht sowie dass er auch mit anderen kräftigen Mitteln zur Klärung des Sachverhaltes, stipulationes und interrogationes, versehen war, so wird man sich bei der Schwäche der Gegenbeweise doch wohl der Ansicht zuneigen müssen, dass die Römer keinen solchen scharfen Schnitt zwischen

prätorischer und richterlicher Tätigkeit gemacht haben. Dem Prätor war stets, auch da, wo er sie sich nicht im Edikt vorbehalten hatte, die causae cognitio mit eventuellen Beweiserhebungen juristisch gestattet. Gewohnheitsmässig und tatsächlich wird er nur in nahezu liquiden Fällen oder in solchen, in denen die Fassung der Formel zu umständlich geworden wäre, insbesondere er ein unvollkommenes Verstehen oder Eingehen des Judex auf seine Intentionen fürchten musste, oder aus sonstigen triftigen Gründen davon Gebrauch gemacht haben. Vielleicht war er auch durch eine Sollvorschrift zur Ueberweisung unklarer Fälle angehalten, aber eine Mussvorschrift bestand nicht. Wohlgemerkt sei aber — um alle Missverständnisse auszuschliessen — dass es sich hier immer nur um sein Recht zur Denegation im Formularverfahren handelt, nicht um die Frage, ob er die freie Wahl zwischen Cognitionsprozess und Formularprozess gehabt habe.

VII. Gesamtergebnis dieses Abschnittes.

Das Ergebnis dieses Abschnittes ist somit, dass nach den Quellen das Denegationsrecht des Prätors in keiner Weise eingeschränkt war. Es waren ihm keine Grenzen gesetzt durch staatsrechtliche Sätze, denn es bedurfte keiner gesetzlichen Ermächtigung oder ediktalischen Ankündigung. Es war nicht beschränkt durch das Privatrecht, denn der Prätor hatte es sowohl bei civilen, wie prätorischen Klagen. Und es war auch nicht durch prozessrechtliche Vorschriften gehemmt, denn es stand dem Prätor im iudicium legitimum wie im iudicium imperio continens zu und es war ihm nicht bloss in liquiden Fällen gegeben, sondern er hatte auch bei bestrittener Sachlage zwecks seiner Ausübung das Recht der causae cognitio.

Wir besitzen auch eine Stelle, die das Denegationsrecht in allgemeinster Weise anerkennt. Es ist Ulp. l. I ad edictum, l. 102 D. de regulis iuris 50, 17:

Eius est actionem denegare, qui possit et dare[32]).

Zwar kann man sie nicht schlankweg mit „Dem, der eine Klage geben kann, steht es auch zu, sie zu verweigern", übersetzen,

32) Der erste Satz der Stelle „qui vetante praetore fecit, hic adversus edictum fecisse proprie dicitur" steht mit dem zweiten in keinem sachlichen Zusammenhange. Eine Analogie zu ihm bildet Ulp. l. 16 D. 39, 1. „si opus novum praetor iusserit nuntiari, deinde prohibuit, ex priore nuntiatione agi non potest, quasi adversus edictum eius factum sit". Die Stellen sind für das Verhältnis des Prätors zu seinem Edikt nicht ohne Interesse.

denn das wäre, genau genommen, eine Umkehrung des Gedankens. Wörtlich übersetzt, lautet sie vielmehr:

„Dem steht es zu, die Klage zu verweigern, der sie auch geben könnte".

Der Ausspruch muss also eine Antwort darstellen, auf eine Frage, die verschieden gelautet haben kann. Es wird sich, da sie aus dem liber primus ad edictum stammt, um die Zuständigkeit gedreht haben. Vielleicht handelte es sich darum, ob auch die qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunt, das Recht zur Denegation hatten und gibt die Stelle darauf die Antwort: „Ja, denn dem steht es zu u. s. w." Oder — worauf der Konjunktiv possit hinweist — es sollte die Unzuständigkeit ausgesprochen werden durch die Worte „Nein, denn (nur) dem steht es zu u. s. w.", wobei man an iurisdictio mandata oder daran, dass der Judex stets nur durch Urteil, nicht aber durch Denegation erkennen darf, denken könnte. Wie dem nun auch sei, jedenfalls wird dem Sinne nach das denegare actionem als ein untrennbares Gegenstück zu dem „dare actionem" angesehen und dafür, dass der Stelle auch der Gedanke einer Begrenzung fern liegt, sprechen Analogien wie Ulpian l. 37 D. 50, 17:

Nemo qui condemnare potest, absolvere non potest

und Paulus l. 3 D. 42, 1:

Qui damnare potest, is absolvendi quoque potestatem habet.

An der Unbeschränktheit des Denegationsrechtes darf man sich somit auch nicht irre machen lassen, wenn die Quellen hier und da von einer Pflicht des Prätors sprechen, wie z. B. das „sacramenta exigunto iudicantoque", der lex Papiria de sacramentis, das „praetor recuperatores . . . quos quotque dari oporteat dato" der lex Latina tabulae Bantinae Z. 9, das „is de ea re ius dicito decernitoque" der lex agraria a. 643 Z. 16, 17 und das „iudicato" in Z. 62, 68 daselbst, das „ita ius dicito, iudicia dato iudicareque iubeto cogito" der lex Rubria c. 20, das „ita ius dicere iudicium reddere praetor iubeatur" in Fragm. Berol. de iudiciis II und andere Stellen. Alle diese Ausdrücke sind kein Gegensatz zum „actionem denegare" und wollen nicht dies ausschliessen und den Prätor nicht stets zur Ueberweisung an den Judex verpflichten[33]).

33) Vgl. über das Verhältnis das „denegare" zum „ius dicere" den nächsten § 14 unter I.

§ 14.

VII. Die Wirkung der Denegation.

Wir kommen nun zu der Frage, welche Wirkung die Denegation einer Actio im einzelnen Fall hatte.

I. Sie gibt keine Rechtskraft, hat aber andere Folgen.

Hier ist vor dem Fehler der Ansichten Savignys, Helmolts und Pernices (frühere Ansicht) zu warnen, die die Denegatio zum Cognitionsprozess rechneten und die denegatio actionis wie die Abweisung des Klägers und die denegatio exceptionis wie die Verurteilung des Beklagten im Cognitionsprozess behandelten und somit dem Prätor die freie Wahl zwischen Formularverfahren und Cognitionsprozess, sei es wie die ersteren, unter gewissen Voraussetzungen, sei es, wie letzterer, stets gaben [1]).

Es mögen vielleicht Denegationsrecht und Cognitionsprozess nicht bloss zwei selbständige Ströme aus derselben Quelle des prätorischen Imperiums sein, sondern es mag vielleicht das Denegationsrecht zur Entwickelung des Cognitionsprozesses manches beigetragen haben. Auch mag es bei dem Vorliegen von Quellenstellen wie Paul. Sent. II, 1, 5. (S. 80)

> si qui debito quocunque modo confessus docetur, ex e are actio creditori non datur sed ad solutionem compellitur

und Ulp. l. 26, § 4, D. 4, 6. (S. 123)

> „per magistratus“ autem factum ita accipiendum est, si ius non dixit: alioquin si causa cognita denegavit actionem, restitutio cessat,

---

1) Vgl. oben § 2 S. 9—11.

interessant sein, diesen Zusammenhängen nachzugehen. Aber eine Geschichte des Urteils im römischen Civilprozess und eine Geschichte der Rechtskraft in ihm[2]) — zwei grosse Aufgaben! — sind noch nicht geschrieben und sie werden sich auch nicht auf Grund einer Auswahl von Stellen, sondern nur auf Grund des ganzen vorhandenen Quellenmaterials schreiben lassen. Darum kann hier auf diese Zusammenhänge nicht eingegangen werden.

Wir finden die Denegation immer nur als ein besonderes prozessrechtliches Institut — ob sie auch im Cognitionsprozess vorhanden ist, muss hier ebenfalls dahingestellt bleiben — das sich vom Urteil unterscheidet. Zunächst ist sie kein Entscheidungsmittel, das sich wie das Urteil zweiseitig gegen Kläger oder Beklagten richten kann, sondern sie wendet sich immer nur einseitig gegen den Kläger. Zwar findet sich auch der Ausdruck „exceptionem denegare", aber er kommt nur in 6 Digestenstellen (siehe oben S. 21)[3]) vor und es kann ihm eine feste prozesstechnische Bedeutung, wie sie denegare actionem hat, nicht zugesprochen werden. Denn bei dem denegare actionem wird Kläger an dem Führen des ganzen Prozesses verhindert. Dagegen bei dem denegare exceptionem[4]) wird dem Beklagten nicht die ganze Verteidigung abgeschnitten, sondern es wird ihm nur die Inserierung eines einzelnen Verteidigungsmittels in die Formel verweigert. Tatsächlich kann er dadurch auch zum Nachgeben veranlasst werden, aber rechtlich ist er am Prozessführen, z. B. durch einfaches Bestreiten des Anspruches, nicht gehindert. Und wenn er nachgibt und den Anspruch anerkennt, so bildet die Grundlage des weiteren Verfahrens gegen ihn stets nur seine confessio, nicht aber die denegatio exceptionis.

Ferner unterscheidet sich die denegatio dadurch von dem Urteil, dass sie keine Rechtskraft zwischen den Parteien schafft[4a]). Es fehlt an jeglichem Quellenbeleg hierfür. Der Kläger ist

---

2) Für welche Wengers Untersuchungen über die actio iudicati von grossem Werte sind.

3) Auch in c. 1 C. 4, 28.

4) Das auch wohl in der Mehrzahl der Stellen nur civilrechtlich gemeint zu sein scheint.

4a) Vgl. dagegen für den Cognitionsprozess z. B. Maec. l. 67 § 2 D. 36, 1: cum praetor cognita causa per errorem vel etiam ambitiose iuberet hereditatem ut ex fideicommisso restitui, etiam publice interest restitui propter rerum iudicatarum auctoritatem.

folgedessen nicht gehindert, „apud sequentem praetorem" (l. 26, § 6, D. 4, 6), seinen Anspruch von neuem geltend zu machen. Und wenn alsdann der Beklagte auf die frühere Denegation hinweist, so mag das den neuen Prätor in der Bildung seiner Ueberzeugung beeinflussen, aber lediglich aus dem formellen Grunde des Vorliegens einer früheren Denegation ist er nicht verpflichtet, jetzt auch zu denegieren, und ist der Judex, den er etwa bestellt hat, auch nicht verpflichtet, den Beklagten freizusprechen.

Aber wenn auch das civile Recht als solches unversehrt bleibt[5]), so ist daraus doch nicht die Konsequenz zu ziehen, dass die geschehene Denegation als etwas Unrechtes, als ein Missbrauch der Amtsgewalt, als ein zwar als unabänderlich geduldeter aber nicht gebilligter, bloss tatsächlicher Ausfluss des prätorischen Imperiums empfunden und angesehen worden sei. Sie ist vielmehr ein anerkanntes prozessualisches Rechtsinstitut sui generis gewesen, das nicht ohne Wirkungen war, wenn ihm auch nicht die Wirkung der Rechtskraft zugebilligt wurde. Hierfür haben wir einen wertvollen Beleg in Ulp. l. 26 § 4 D. ex quibus causis maiores restituuntur 4, 6. Ulpian bespricht hier das Edikt des Prätors über die Restitution von Klagen, die durch Fristablauf unter- gegangen sind. Mit § 26 beginnen Fälle:

> sed et si per praetorem stetit, restitutio indulgebitur.

Hierbei wird auch in § 4 von der amtswidrigen Handlungsweise der Magistrate gesprochen, die das Edikt unter den Worten

> ait praetor: sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exemta esse dicetur"

trifft. Dieser Satz wird erläutert durch

> hoc quo? ut, si per dilationem iudicis effectum sit, ut actio eximatur, fiat restitutio, sed et, si magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem faciendam. per magistratus autem factum ita accipiendum est, si ius non dixit: alioquin si causa cognita denegavit actionem, restitutio cessat, et ita Servio videtur.

---

5) Hierin bildet ein Analogon die nichtberücksichtigte Kompensation l. 7 D. 16, 2: si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio, nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. Dagegen lässt sich die von der Kollation handelnde l. 1 § 10 D. 37, 6 (vgl. l. 5 § 1 D. 36, 3): quod si per contumaciam actiones denegatae sint, oblata postea cautione, recipit pristinum ius, hier nicht heranziehen.

Man sieht daraus, dass die Denegation keine Verweigerung des ius dicere ist, sondern von ihm umfasst wird[5a]). Also muss sie ein Institut des ius dicere, des iudicium, des Prozesses sein und ist sie nicht bloss eine exoterisch wirkende Reflexerscheinung des Imperiums. Damit stimmt auch überein der Gebrauch von „denegare iurisdictionem“ in § 6 dieser Stelle.

> sed et si, dum decreto praetoris non obtemperat, iurisdictionem ei denegaverit, non esse cum restituendum Labeo scribit.

Diese Gleichheit im Effekt darf uns nicht zu einer Gleichstellung von denegare actionem und denegare iurisdictionem verleiten[6]). Denn im letzteren Falle wird tatsächlich die Jurisdictio, wird überhaupt jedes Eingehen auf die Sache, wird das rechtliche Gehör verweigert, weil der Kläger dem Prätor trotzen will. Darum fährt die Stelle auch fort:

> idemque si ex alia iusta causa non fuerit ab eo auditus.

Bei einer denegatio actionis wird aber dem Kläger das Gehör nicht verweigert.

Daraus erklärt es sich, warum in unserer Stelle die Restitution gegen eine erfolgte denegatio actionis versagt wird. Der Magistrat hat nicht etwas getan, was er zwar formell tun konnte, aber nicht tun sollte, sondern er hat mit der Denegation nicht bloss ein Recht gebraucht, sondern auch eine Pflicht erfüllt. Der Kläger hat diese Abweisung aus irgend welchen Gründen verschuldet, darum wird ihm keine Restitution gewährt.

Aus alledem sieht, man wie vorsichtig man sein muss, wenn man Begriffe, die unsere moderne Wissenschaft geprägt hat, im römischen Recht anwenden will. „Ius dicere“ lässt sich nicht mit „Gewähren des Rechtsschutzes“ übersetzen, denn wir verlangen von dem „Gewähren des Rechtsschutzes“ (wie schon S. 3 angedeutet) etwas anderes wie die Römer. Für die Römer liegt schon in der Denegatio — wie jetzt ohne Furcht vor Missverständnissen gesagt werden kann — ein Gewähren des Rechtsschutzes, für uns nicht, denn wir verstehen darunter das Ge-

5a) Daher wohl auch die so häufige formelmässige Verbindung von ius dicere und iudicum dare oder reddere oder iudicare iubere in den Quellen. Beide Ausdrücke bezeichnen eben etwas Verschiedenes. Vgl. z. B. oben § 13 am Ende.

6) Man beachte aber, wie auch hier denegare zur Bezeichnung eines rechtmässigen Verweigerns (im Gegensatz zum einfachen ius non dicere) gebraucht wird.

währen des vollen Prozesses und des Urteils des Richters, und dass die Denegatio ein solches (Cognitions-) Urteil nicht ist, hat obige Darstellung ergeben.

II. Sie unterliegt keiner Abänderung durch andere Magistrate.

Es bleibt nun noch zu untersuchen, ob die Denegatio für den Kläger während der Amtszeit dieses Prätors ein Definitivum war oder ob er in irgend einer Weise ihre Folgen abwenden konnte. Es ist ohne weiteres anzunehmen, dass er, wenn er andere Beweismittel u. dergl. gefunden hatte, denselben Prätor nochmals angehen konnte, denn die Denegatio entbehrte der Rechtskraft. Dagegen ist noch klarzustellen, ob er etwa auch trotz gleichbleibenden Sachverhalts die Denegation beseitigen konnte. Das wäre nur möglich gewesen im Wege der Interzession. Es ist bekannt, dass diese negative Wirkung hatte, d. h. dass sie positive Akte des Magistrates negieren konnte. Es fragt sich jetzt weiter, ob sie auch eine positive Seite gehabt hat, d. h. ob bei Negierung eines Aktes durch den Magistrat der Interzedent nunmehr selbst positiv handeln d. h. den Akt selber vornehmen oder den Magistrat zur Vornahme anweisen konnte. Merkel hat dies behauptet. Es ist jedoch vor ihm und nach ihm mit Recht verneint worden. Es muss aber deshalb hier auf seine Ansicht näher eingegangen werden, weil er der Interzession gerade auch die Kraft zuschreibt, „wohl auch gegen die denegatio actionis deren Erteilung erzwingen" zu können[7]). Zum Beweise beruft sich Merkel auf eine angeblich positive Wirkung der Interzession bei einer denegatio exceptionis. Aus Anlass einer solchen Denegation ist allerdings eine Interzession denkbar. Sie würde sich gegen die ohne sie eintretenden Folgen der Verweigerung des „iudicium accipere" richten[8]) und sie kann hier auch insofern einen tatsächlichen Erfolg haben, als dem Magistrat dann nur die Wahl bleibt nachzugeben und die Exceptio einzufügen oder auf seinem Willen zu verharren und damit aber zugleich dem Kläger die Durchführung seiner Klage unmöglich zu machen. Rechtlich kann er aber zur Einfügung der Exceptio nicht gezwungen werden. Merkel bezieht sich hier auf Cic.

7) Merkel, Geschichte der Appellation, S. 17 und 18.

8) Nicht gegen die iudicii constitutio (Karlowa, Römische Rechtsgeschichte I, S. 142, A. 5), denn ohne Mitwirkung des Beklagen ist die Litiskontestation nicht möglich. — Vgl. Cicero pro Quintio c. 20, § 63 und dazu Keller, Semestria I, S. 147—164.

acad. II. c. 30, § 97. Dieser gelegentliche Vergleich beweist aber nur gegen seine Ansicht[9]). Auch aus der von ihm als Beleg angeführten Stelle bei Cic. pro Tullio 38 folgt es nicht. Denn wenn Fabius wegen der Weigerung des Prätors „iniuria" in die Formeeinzusetzen, die Tribunen appellierte, so geschah das nur in der Hoffnung, dass sie deswegen in der oben geschilderten Weise die Klage zu Fall bringen würden oder dass der Prätor, um das zu vermeiden, sich fügen würde[10]). Ein positiver Befehl war nur denkbar in der mandata iurisdictio, bei der natürlich der Beauftragte dem eigentlichen Inhaber der iurisdictio[11]) zu gehorchen hatte. Ausser diesem hier nicht interessierenden Falle hätte der Interzedent nur dann einem positiven Wunsch seines Appellanten willfahren können, wenn er selbst zur Jurisdiktion berechtigt war und aus diesem Grunde den Prozess überhaupt an sich ziehen konnte. Das wäre aber auch, wie Karlowa[12]) mit Recht gegen Merkel hervorhebt, keine Interzession mehr, sondern Ausübung einer eigenen Kompetenz.

Das Problem, ob die Denegatio durch andere Magistrate geändert werden konnte, spitzt sich somit dahin zu, ob die in Frage kommenden Interzessionsberechtigten auch zur Civiljurisdiktion kompetent waren. Hinsichtlich des Konsuls ist es heut-

9) Cicero beschäftigt sich hier mit der Erklärung von Sophismen und zieht dabei die Interzession zum Vergleich wie etwas Gewöhnliches heran. „Sed hoc extremum eorum est: postulant ut excipiantur haec inexplicabilia. Tribunum aliquem censeo adeant. A me istam exceptionem nunquam impetrabunt." Zunächst sei bemerkt, dass hier exceptio genannt wird, was im Zusammenhang der Stelle Replik ist. Das geschieht ja auch bei uns häufig. Die anderen stellen die Schlussform auf, Cicero „konzediert" sie nicht, darauf fordern sie „ut excipiantur". Ferner ergibt aber gerade die Fortsetzung, dass Cicero sich als Sieger fühlt. Er unterwirft sich der Gestattung der Einrede nicht, trotzdem sie „tribunum adeant". Ganz klar sagt er am Ende 30, 98, dass er bei Einfügung der Exceptio das Urteil verweigert „Aut igitur hoc, et illud: aut nisi hoc, ne illud quidem iudicabo."

10) Auch aus dem Schluss dieser Stelle „At quibus verbis in decernendo Metellus usus est, ceteri, quos appellasti, — nonne haec omnium fuit oratio, quod vi hominibus armatis coactisve familia fecisse diceretur, id tametsi nullo iure fieri potuerit, tamen se nihil addituros?" liesse sich die Behauptung nicht verteidigen, da hier die Zusammenfassung Aller in dem Worte „addituros" nur eine offensichtliche rhetorische Lizenz ist. Vgl. auch Keller, Semestria I, S. 139 ff., bes. S. 145.

11) Vgl. Jul. l. 3 D. 1, 21: et si praetor sit is, qui alienam iurisdictionem exsequitur, non tamen pro suo imperio agit, sed pro eo cuius mandatu ius dicit, quotiens partibus eius fungitur.

12) Karlowa, Rechtsgeschichte I, S. 142, A. 5.

zutage so gut wie unbestritten, dass er in Rom[13]) neben[14]) dem Prätor keine Zuständigkeit zur Civiljurisdiktion besass, trotzdem er das Imperium hatte und zu diesem auch die iurisdictio gehörte. Also er konnte einem Prätor gegenüber nur negativ interzedieren[15]), nicht aber positiv decretieren. Gerade so steht es bei den Tribunen[16]), deren lediglich negative Tätigkeit am treffendsten Plutarch in seinem Vergleich mit der Exzeptio, die nur eine Verurteilung finden, nicht aber selbst eine solche herbeiführen kann, charakterisiert[17]). Dasselbe würde für die Inter-

---

13) Im Feldlager hat er die Civiljurisdiktion Gell. 6 (7) 1. Liv. epit. 86 u. a. St. Vgl. Mommsen, I³, S. 123, der jedoch alles unter den Begriff der Lagerzucht bringen will. Ob er sie auch ausserhalb Roms dort hatte, wo eine feste Justizorganisation, wie in den Municipien, bestand oder wohin ein vom römischen Staat mit Ausübung der Jurisdiktion beauftragter Prätor geschickt war, wie in manche Provinzen, interessiert hier nicht. Die Frage ist mit Mommsen II³, S. 102 zu verneinen.

14) Es herrscht nur noch Streit zwischen Mommsen I, S. 190, II, S. 101 und Karlowa I, S. 208, ob seine iurisdictio in der Stadt nicht wenigstens dann in Erscheinung getreten ist, wenn gar kein Prätor, z. B. infolge Todes oder Abdikation, da war. In der ersten Zeit der Prätur konnte das leicht vorkommen, später wegen der Mehrzahl der Präturen wohl kaum. Auch diese Frage interessiert hier nicht, da wir ja immer mit der Interzession gegen einen vorhandenen Prätor zu tun haben.

15) Ein Fall seiner Intercession im Zivilprozess Val. Max. 7, 7, 6. Dagegen handelt es sich nur um allgemeine Verbote, die keine Ungültigkeit der künftigen Akte (so Karlowa I, S. 135), sondern nur Koercition herbeiführen (so Mommsen I, 3. Aufl., S. 264 f.) bei Aurel. Vict. s. inc. auct. de vir. ill. 72 und beim Verfahren des Konsuls Servilius gegen den Prätor Coelius nach Caesar, bell. civ. 3, 20, 21, Dio. 42, c. 22, 23 und Quintilian, inst. or. VI, 3, 25. Der Fall bei Dio., 39, c. 7, Cicero pro Sestio c. 41, § 89, Cicero ad Quint. fratr. 2, 1 ist strafrechtlich.

16) Civilprozessuale Interzessionen: Cic. pro Tullio 38, pro Quinctio 7, § 29, 20, § 63—65, Asconius in or. in toga caud. p. 84, in Mil. p. 47 (fraglich), ferner Cic. Acad. II, 30, 97, Juvenal 7, 228, Plinius, epist. I, 23, gegen Vollstreckung im Civilprozess Livius VI, 27, 10, Tac. ann. 13, 28, gegen andere Vollstreckung Livius 43. 16 und der Fall des Scipio bei Livius 38, 60, Val. Max. 4, 1, 8. Gellius VI (VII), 19. Vgl. Mommsen, I³, S. 278, A. 1.

17) Plutarch Quaest. Rom. 81: *ὡς δὲ τῶν ῥητόρων ἔνιοι τὴν παραγραφὴν οὐ βούλονται δίκην εἶναι, τοὐναντίον τῇ δίκῃ δρῶσαν. ἡ μὲν γὰρ εἰσάγει καὶ ποιεῖ κρίσιν, ἡ δὲ ἀναιρεῖ καὶ λύει. τὸν αὐτὸν τρόπον οἴονται τὴν δημαρχίαν κώλυσιν ἀρχῆς μᾶλλον εἶναι καὶ πρὸς ἀρχὴν ἀντίταξιν, ἢ ἀρχήν. τὸ γὰρ ἐνστῆναι πρὸς δύναμιν ἄρχοντος, καὶ τὴν ἄγαν ἐξουσίαν ἀφελεῖν, ἐξουσία καὶ δύναμίς ἐστιν αὐτῆς.* Vgl. Mommsen I³, S. 267, A. 1. — Die Tatsache, dass Pomponius in seiner bekannten Rechtsgeschichte (l. 2 § 34 D. 1, 2) neben Konsuln, Prätoren und Aedilen auch die Tribunen „iura reddere“ lässt und dass der vorciceronianische auctor ad Herennium in seiner Rhetorik II, 13, 19, ausführt Sentenzen und Dekrete seien oft verschieden „ut aliud alii iudici, aut praetori aut consuli aut tribuno plebis placitum sit“, beweist nichts für eine Civilkompetenz der Tribunen. Die Stellen sind von all-

zession eines nicht mit der Civiljurisdiktion betrauten Prätors gegen den Stadt- oder Fremdenprätor gelten.

Dagegen könnte man eher an ein Ansichziehen des Prozesses denken bei Intercessionen des Stadt- und Peregrinenprätors untereinander, der Aedilen untereinander und jener Prätoren gegen die Aedilen, denn alle diese Personen sind jurisdiktionsberechtigt und haben nur verschiedene Zuständigkeit. Für die Prätoren finden wir keinen darauf deutenden Vorgang in den Quellen und es ist auch ganz unwahrscheinlich, dass solche Ueberschreitungen der durch die sortitio zugefallenen sachlichen Kompetenz zulässig und gültig waren [18]). Dagegen spricht vor allem

gemeiner Fassung und beschäftigen sich auch gar nicht speziell mit der Civiljurisdiktion. Vermutlich ist an das öffentlich-rechtliche Judikations-, Multierungs- und Koercitionsrecht der Tribunen gedacht. Vielleicht auch an ihre negative Tätigkeit im Civilprozess. Die Intercession geschah durch formuliertes Dekret, das Tribunat führte auch darüber Akten, meist wurden die Tribunen gemeinsam appelliert und berieten gemeinsam, sie liessen, wenn auch der Gegner freiwillig kam (Gell. 13, 12), eine Verhandlung vor sich zu, also lag der Gedanke, sie unter den Organen der Rechtspflege aufzuführen, nicht so fern. Mommsen I 279. Keller, Semestria I, S. 151 f. Der Unterschied wird auch scharf bei Gellius l. c. i. f. hervorgehoben „quod tribuni plebis antiquitus creati videntur non iuri dicundo . . . . sed intercessionibus faciendis" was — wenn es nicht sogar ein wörtliches Citat ist — bei dem auch in diesem Kapitel dokumentierten geringen juristischen Verständnis dieses Verfassers jedenfalls nur eine wiedergegebene Lesefrucht ist. — Aufklärung über diesen Sprachgebrauch gibt auch Cic. de leg. 3, 3 § 8 f. Er sagt „iuris disceptator, qui privata iudicet iudicarive iubeat praetor esto. is iuris civilis custos esto" und fährt § 10 fort „omnes magistratus auspicium iudiciumque habento", ferner § 9, i. f. „tribuni eius sunto: quodque ii prohibessint . . . ratum esto", auch I Verr. 44: verbo illam (trib. pot.) poscebat, re vera iudicia. Vgl. auch Mommsen I³ S. 271, A. 2. — Aehnliche Missbräuche, wie die bei Gellius erzählten, müssen auch bei Tac. ann. 13, 28 vorgelegen haben. Vgl. Mommsen II³. S. 310, A. 1.

18) Vergl. Mommsen II, 207 f. Auch dann nicht, wenn, was hier nicht interessiert, der andere Prätor durch Tod oder Abdikation wegfiel. Eine Neuwahl mag wohl aus Zweckmässigkeitsgründen vorgekommen, staatsrechtlich wird sie aber bei einer Mehrzahl von Prätoren nicht nötig gewesen sein, da ein jeder schon das erforderliche Imperium hatte. Dagegen war, wenn schon bei den Aedilen, vergl. S. 134, so sicher auch hier Uebertragung der frei gewordenen Kompetenz, durch den Senat erforderlich. Mommsen II, 205, I, 651. Darauf weist auch das nicht einwandfreie Verfahren des Senats und Konsuls gegen Coelius hin nach Dio 42, 23 „ἀλλὰ τάτε προσήκοντα τῇ ἀρχῇ αὐτοῦ ἄλλῳ τῳ τῶν στρατηγῶν προέταξε"; Dio ist auch hier nicht wörtlich zu nehmen, wie Caesar bell. civ. 3, 21 „senatusque Coelium ab re publica removendum censuit" ergibt. Vgl. Mommsen I³ S. 271 A. 3. Karlowas (I, S. 139 Anm. 2) Herbeiziehung von Cic. ad Att. 8, 15 halte ich nicht für beweiskräftig. „Omnes adire provincias" ist dort rein örtlich im Gegensatz zu „in Rom bleiben" gemeint und bezieht sich auch nur auf die Konsuln, die befugt waren, in jede Provinz zu gehen, in der sie ihre Anwesenheit für nötig erachteten,

das Verhalten des Prätors Piso und des Prätors Coelius gegen die Stadtprätoren Verres und Trebonius[19]). Beide hätten sich wohl nicht auf die Interzession beschränkt, wenn sie rechtsgültig hätten judizieren können. Die Stellung der Aedilen[20]) und ihre Kompetenz liegen noch im unklaren[21]). Es ist aber nicht anzunehmen, dass die Prätoren ihnen gegenüber die maior potestas in eadem iurisdictione[21a]) gehabt haben, vielmehr werden die Aedilen vollkommen selbständig gewesen sein, so dass die Prätoren in dem ädilitischen Bereich nicht kompetent waren. Dafür spricht, dass wenn keine Aedilen da waren, die Prätoren nicht ohne weiteres befugt waren, deren Kompetenz auszuüben, sondern dass sie ihnen vom Senat übertragen werden musste, wobei die wichtigeren Sachen dem Stadtprätor, die anderen dem Peregrinenprätor zugewiesen wurden[22]).

---

während die vor ihnen Genannten cum imperio nur in die ihnen zugewiesenen Provinzen gehen konnten. Der Nachdruck liegt in dieser Stelle auf dem „aus Rom fortgehen". — Analog ist in unserem Recht bei Justitium eines zuständigen Gerichtes nicht ohne weiteres jedes andere Gericht gleicher Art zuständig, sondern es ist eine Bestimmung durch das höhere Gericht nötig. § 36 Z. 1, C.P.O.

19) Es sind uns nur diese beiden Fälle, Cic. II in Verr. I, c. 46, § 119 und Caesar, bell. civ. 3, c. 20, Dio 42, c. 22 von civilprozessualen Interzessionen unter Prätoren überliefert. Auch steht nicht fest, ist aber wahrscheinlich, dass beide Interzedenten Peregrinenprätoren waren.

20) Civilprozessuale Interzessionen gegen Aedilen sind nicht überliefert. Bei Gellius IV, 14, Val. Max. 6, 1, 7 handelt es sich um iudicia publica.

21) Vgl. Kniep, Praescriptio und Pactum, S. 151 ff.

21a) l. 58 D. 5, 1. Denn sie sind keine Unterbeamten, sondern haben eine eigenartige Mittelstellung. Vergl. z. B. Mommsen, II[3] 474 ff.

22) Dio 53, 2 berichtet, dass viele Senatoren so verarmt waren, dass sie die Aedilität wegen des damit verbundenen Aufwandes nicht übernehmen wollten „*ἀλλὰ τάτε ἄλλα καὶ τὰ δικαστήρια τὰ τῇ ἀγορανομίᾳ προςήκοντα τοῖς στρατηγοῖς, καθάπερ εἴθιστο, τὰ μὲν μείζω τῷ ἀστυνόμῳ, τὰ δὲ ἕτερα τῷ ξενικῷ προςταχθῆναι.*" — Es wird wie im modernen Recht gewesen sein. Die Aedilen werden keine ausschliessliche Zuständigkeit in dem Sinn gehabt haben, dass eine versehentlich vom Prätor getroffene Entscheidung in ädilitischer Sache ungültig gewesen wäre (vgl. § 10 C. P. O.). Andererseits mag eine Prorogation prätorischer Sachen vor den Aedil, wenn sie auch in dessen Edikt passten, zulässig gewesen sein, dagegen umgekehrt wird bei Prorogation ädilitischer Sachen vor den Prätor dieser sicher nicht verpflichtet und verfassungsrechtlich auch nicht berechtigt gewesen sein, sie anzunehmen. Bei Interzession handelt es sich aber nicht um Prorogation. Der durch das Dekret des Aedilen Begünstigte wird sich gegen jede Prorogation und auch gegen eine eventuelle Judikation des Prätors gewehrt haben. Hervorzuheben ist, dass auch in späterer Zeit sich kein Instanzenzug zwischen Aedil und Prätor findet.

Demnach bleibt für die Vermutung eines positiven Vorgehens des Interzedenten nur dort Raum, wo er eine Kompetenz gemeinsam mit dem Intercessus ausübte. Solche kollegialische Organisation findet sich für den Civilprozess nur bei den Aedilen, über deren weitere Geschäftsteilung wir nichts Sicheres wissen[23]). Praktisch wird aber auch hier das Geben der Actio, die der eine Aedil verweigert hatte, durch den anderen nicht vorgekommen sein, da der Beklagte sicher den ersten Aedil nun seinerseits um Interzession angegangen sein und dieser das unkollegialische Uebergreifen in seine iurisdictio und seine Urteilsfähigkeit sicher mit der verlangten Einlegung der Interzession beantwortet haben würde.

Es ist somit kein Beweis dafür erbracht, dass der Kläger die ihm von dem angegangenen Magistrat denegierte Actio von einem anderen Magistrat hätte erlangen können. Er kann die Wirkung der Denegatio nicht beseitigen, und daraus ergibt sich, dass der Prätor bei seinem Entscheiden über Zulassen oder Nichtzulassen eines Prozesses eine wahrhaft souveräne Macht hat. Es gibt, wie wir oben sahen, keine sachlichen Grenzen für ihn und er unterliegt auch nicht der Korrektur durch andere Behörden. Seine Schranke ist lediglich seine eigene Ueberzeugung, sein eigenes pflichtgemässes Ermessen.

23) Die Verteilung kann beruht haben auf Wichtigkeit und Grösse der Objekte, wofür man die Art der Uebertragung ihrer Jurisdiktion auf die Prätoren (vgl. vorige Note) anführen könnte, oder auf Rechtskategorien oder auf den Arten der Streitgegenstände oder sie kann eine örtliche gewesen sein, wie es bei anderen ihrer Funktionen der Fall war. Vgl. Mommsen II, S. 515. Auch ein zeitliches Abwechseln ist denkbar. Bei der Art ihrer Kompetenz (Kauf) und der Grösse des Verkehrs in Rom muss ihre Tätigkeit eine sehr bedeutende gewesen sein.

§ 15.

VIII. Wesen und Zweck der Denegatio.

I. Ihr Wesen.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist, dass der Prätor in einem gänzlich unbegrenzten Umfange berechtigt ist, dem Kläger die Actio zu verweigern und ihm damit die Durchführung des ordentlichen Prozesses unmöglich zu machen. Die Denegation kann erfolgen nicht bloss, weil die prozessualen Erfordernisse eines Prozesses nicht vollständig vorhanden sind, sondern auch aus civilrechtlichen Gründen — nicht bloss lediglich aus Rechtserwägungen, sondern auch als Folge der Tatsachenwürdigung — nicht bloss auf dem amtsrechtlichen Gebiete des Prätors (sei es dessen Privatrecht oder dessen Prozessrecht), sondern auch wenn sich der Kläger auf den stärksten Satz des ius civile beruft, — nicht bloss wenn ihm schon ein liquides Streitverhältnis vorgetragen wird, sondern auch wenn er sich erst durch Beweisaufnahme die Liquidität selbst verschaffen muss. Und trotz alledem ist die Denegatio kein Urteil, schafft sie keine res iudicata inter partes!

Was ist sie nun? Welche Stellung nimmt sie in dem Organismus des römischen Verfahrens ein? Man könnte sie aus verschiedenen Gründen, insbesondere wegen ihrer Wirkung, für eine absolutio ab instantia, eine „Abweisung angebrachtermassen" halten, wie es ja des öfteren, besonders von Bülow geschehen ist[1]). Aber das ist sie nicht! Denn wenn sie auch deren Funktionen mit erfüllt, so ist das doch nicht ihr einziger Zweck

---

1) Vgl. oben § 2.

und sie unterscheidet sich dadurch ganz scharf von ihr, dass sie auch „die Sache selbst" untersucht, somit eine „Sachentscheidung" ist und ferner dadurch, dass die Zurückweisung keine bedingte ist, nicht die Klage bloss „in der Art, wie sie angebracht worden ist" betrifft, sondern eine unbedingte. Also auch keine einstweilige Anordnung, sondern eine richtige unbedingte, somit definitive Sachentscheidung und trotzdem kein Urteil und keine Rechtskraft [2])! Für die Gläubigen Montesquieus und den, der in den Grundsätzen unserer deutschen Reichscivilprozessordnung die verkörperte prozessuale Vernunft sieht, ein unmögliches, existenzunwürdiges, geradezu undenkbares Institut!

Das scheint also keine Justiz, sondern Verwaltung zu sein, könnte man meinen [3]) und etwa eine Klassifizierung dieser Erscheinung dahin versuchen, dass man sagt, der Prätor habe zwar nicht die Wahl zwischen Cognitionsprozess und Formularprozess gehabt [4]), denn beides seien Justizverfahren, aber es habe ihm die Wahl zwischen Justizverfahren und Verwaltungsverfahren zugestanden. Das wäre nicht richtig. Ein Verfahren in dem hier erforderlichen Sinne, d. h. ein zweiseitiges Verfahren, liegt nicht vor. Die Denegatio ist immer nur gegen den Kläger gerichtet. Gegen den Beklagten gibt es ein solches korrelates Vorgehen nicht. Es gibt kein unmittelbares Entscheidungsfällen durch den Prätor und Verhängen der Zwangsvollstreckung über ihn, selbst wenn dem Beklagten eine Exceptio denegiert wird [5]). Denn daraus folgten keine solche rechtlichen Nachteile für ihn. Diese entstehen immer erst aus seiner „confessio" oder, wenn er sie nicht abgibt, aber auch nicht mehr bestreitet, sondern trotzt, aus seinem „indefensus" sein, „in iure non respondere" u. s. w., alles Dinge, die in den Organismus des Justizverfahrens aufgenommen sind und darum nicht als Gegensatz zu demselben, nicht als Verwaltungsverfahren angesehen werden können.

Nun könnte man aber dennoch auch dem einseitigen Akt der Denegatio wegen seiner eigenartigen Natur den Charakter

---

2) Vgl. oben § 14 I S. 127 f.

3) Wohlgemerkt, vom Standpunkt des Montesquieu'schen reichsdeutschen Civilprozessualisten aus, der jede Sachentscheidung, die keine Rechtskraft gibt, für verwaltungsrechtlich erklären möchte. Nicht soll aber damit gesagt sein, dass dem Verwaltungsrecht die Rechtskraft versagt sei. (Eine jetzt viel behandelte Frage).

4) Oben § 14 S. 126.

5) Oben S. 127.

eines Verwaltungsaktes vindizieren wollen und zur Begründung behaupten, dass er seine Entstehung und Legitimation lediglich der staatsrechtlichen Macht des Prätors verdanke[6]). Durch die Souveränität seines Imperiums sei es dem Prätor ermöglicht, ohne Rücksicht auf gesetzliche Schranken lediglich auf seine Verantwortung hin zu tun, was er für gut halte. Und so gebrauche er nicht als civilprozessuales Mittel, sondern ausserhalb des Justizverfahrens den Verwaltungsakt der Denegatio, um einen von ihm, auch vielleicht für den Civilprozess für gut gehaltenen Zweck zu verfolgen, den aber der Civilprozess selbst als seiner Rechtskraftnatur widersprechend nicht kenne, vielleicht auch nicht billige.

Dem ist aber nicht so. Die Denegatio bildet genau so einen organisatorischen Teil des civilprozessualen Justizverfahrens wie die Confessio oder das Kontumazverfahren, trotzdem sie eine Sachentscheidung ist, die keine Rechtskraft mit sich bringt, und trotzdem sie auf Grund gegenseitiger Verhandlungder Parteien erlassen wird[7]). Das ergibt sich daraus, dass die Römer sie nicht als Verweigerung der iurisdictio ansahen, sondern sie zum „ius dicere", zur Justiz rechneten.

Die Hauptfrage ist nun die: „Zu welchem Zwecke haben die Römer dieses eigenartige Institut in ihren Civilprozess eingeführt?" Der Gedanke, dass sie damit lediglich den formellen Zweck verfolgt hätten, eine genügende Substantiierung der Klage zu erzwingen, ist nach dem mehrfach Gesagten ohne weiteres zurückzuweisen. Die Denegatio prüft nicht bloss lediglich die Behauptungen, sondern die Sache selbst. Sie ist eine Sachentscheidung.

II. Sie bezweckt nicht die Prüfung der Klagbarkeit oder der Aktionsmässigkeit oder der Zulässigkeit des Prozesses, sondern nur die der Verhandlungswürdigkeit.

Ein von Alters her auf dem Grenzgebiet zwischen Civilrecht und Civilprozess viel benutzer Begriff ist „die Klagbarkeit

6) Oben S. 128. Die neuere Wissenschaft ist gerade auf Grund klarerer Erkenntnis der staatsrechtlichen Stellung des Prätors zur besseren Einsicht über den Umfang des Denegationsrechtes gekommen, vgl. oben § 2 S. 15, § 8 S. 67, sie betont aber zu sehr das Imperium.

7) Bei Versäumnis des Beklagten kann man von einem eventuellen denegare actionem des Prätors nicht sprechen, weil dieses Verfahren nicht per formulam vor sich geht.

der Rechte". Für das moderne Recht hat er allerdings allmählich seinen Kredit verloren, da man ihn nicht nur als überflüssig, sondern auch als irreführend erkannt hat[8]). Dagegen soll dieser Begriff der „Klagbarkeit", der von Bekker verfeinert worden ist, im römischen Recht und Prozess eine Heimstätte gehabt haben. Bekker[9]) bestimmt ihn dahin, dass es sich im Verfahren in iure um „an sit, an detur actio?" und „quae sit actio?" gehandelt habe, dagegen in iudicio um „an fundata actio" und „quod venit in actionem". Hier interessiert nur das „an sit, an detur actio?" Es soll heissen „ob der Vortrag ein aktionsmässiger, will sagen, ein solcher ist, auf den eine der im Edikt aufgestellten Formeln passt oder für den der Prätor sich veranlasst sehen möchte, eine neue, nicht ediktsmässige Formel („in factum") aus höchster Machtvollkommenheit zu schaffen."

Es handelt sich hier zunächst um die Frage, ob der Prätor befugt war, einen Kläger formell schon deshalb abzuweisen, weil keine formula proponiert war. Oder musste er stets materiell prüfen, ob der Anspruch des Klägers, trotz Fehlens einer Formel, doch ein civilrechtlich begründeter war und ob somit der Fehler des Fehlens der formula nicht an den Anspruch des Klägers, sondern an der Lückenhaftigkeit der Formelaufstellung lag? Mir scheint letzteres im höchsten Grade wahrscheinlieh, ja sicher, denn der unendlichen Mannigfaltigkeit des Lebens und der Interpretation von Rechtssätzen lässt sich nicht mit ein paar Formeln gerecht werden. Darum waren die Formeln auch nicht unabänderlich, sondern wurden bekanntlich dem einzelnen Fall angepasst. Der Formeltypus aber, die angepasste Formel und die formula in factum, gehen unterscheidungslos in einer Reihe ineinander über, und es war beim Ausarbeiten der letzteren durchaus nicht immer ein Zurückgreifen auf die „höchste Machtvollkommenheit" nötig, denn es brauchte ebenfalls durchaus nicht jede neue formula in factum auch einen neuen materiellen Rechtssatz darzustellen. Diese Frage ist gleichmässig für das civile und für das prätorische Recht zu stellen und m. E. für beide in der gegebenen Weise zu beantworten. Will man dagegen auf der Ansicht beharren, dass der Prätor schon formell, lediglich

8) Vgl. hierzu und zu dem folgenden auch O. Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 64 ff.

9) Bekker, Ueberschau S. 64 [= Zeitschrift für Rechtsgeschichte 28 (1894) S. 148 ff.].

wegen Nichtvorhandenseins einer formula den Rechtsschutz verweigern dürfte, so sind die formulae materielles Recht[10]) und man beschreitet m. E. damit einen Weg, der unvermeidlich zu der Ansicht A. S. Schultzes[11]) führt, dass es während des Formularprozesses nur ein aktuelles Recht gegeben habe, nämlich das vom Magistrate für den konkreten Fall gebotene Recht und dass in dieser Zeit das ius civile aufgehört hatte, formell als Recht zu existieren, dass es kein verbindliches Privatrecht mehr war.

Nun hatte der Prätor die „höchste Machtvollkommenheit", neues Recht zu schaffen. Dabei erhebt sich die Frage: „Wann konnte er es schaffen?" Hier wäre einmal zu untersuchen, ob es ihm frei stand, sein Edikt als materiell rechtliche Grundlage anzuwenden oder nicht. Wegen der lex Cornelia „ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent" ist sie vermutlich zu verneinen. Sein Edikt war für seine Amtszeit materielles Recht. Interpretieren konnte er es[12]), aber nicht dagegen handeln. Tat er es doch, so war er verantwortlich. Auch erhebt sich die weitere Frage[13]), ob dadurch sein imperium ac potestas begrenzt war, so dass die condemnatio keine formell gültige und damit keine res iudicata gegeben war, oder ob dies nicht der Fall ist. Ferner wäre zu untersuchen, ob er auch ohne bestehendes Edikt in einem einzelnen Falle nicht bloss im Wege der aequitas Leitsätze des ius civile oder Edikts interpretieren, sondern tatsächlich neues Recht schaffen oder altes abschaffen konnte. Vermutlich wird auch dies ein Abweichen vom Edikt gewesen sein. Beiden Fragen kann an dieser Stelle nicht nachgegangen werden. Es sei nur darauf aufmerksam gemacht, dass in der bei uns herrschenden Vorstellung, dass der Prätor nicht im Edikt, sondern beim einzelnen Formelgeben soviel wirklich neues Recht geschaffen, nicht bloss vorhandenes interpretiert habe, viel Unklares mitläuft. Diese Ansicht ist wohl hervorgerufen oder stark beeinflusst durch die irrige

10) Was wohl nach Wlassaks trefflichen Ausführungen über das Verhältnis vom Edikt zur Formel (Edikt und Klageform, vgl. hier insbesondere § 7, § 9) sich nicht mehr so leicht behaupten lassen wird. Die Formeln als solche haben im römischen Prozess keine viel wichtigere Rolle gespielt wie unsere heutigen Gerichtsformulare.

11) Privatrecht und Prozess, z. B. S. 384.

12) Dass dies die Hauptsache und die Quelle seiner Fortbildung des Rechtes war, braucht wohl nicht erst ausgeführt zu werden.

13) Wie oben S. 4 und 5, vgl. z. B. Ulp. 4 § 6 D. 42, 1.

Annahme[14]), dass die Partei stets dem Prätor eine bestimmte Formel habe bezeichnen müssen. Der Gedanke, dass jede neu gewährte Formel auch neues Recht enthalte, liegt dann näher, wenn er auch dort nicht richtig wäre.

Kehren wir jedoch zu dem Ausgange zurück. Liegt in dem Aussuchen oder Gestalten der Formel und der damit wie angenommen verbundenen materiellrechtlichen Prüfung eine Untersuchung der Klagbarkeit oder wie Bekker in vorsichtiger Vermeidung dieses unklaren Begriffes sagt, der Aktionsmässigkeit des klägerischen Begehrens, so dass das dare actionem dann Bejahung und das denegare dann Verneinung wäre? Meines Erachtens nicht! Denn die Denegatio hat einen viel zu weiten Umfang, wie diese Abhandlung gezeigt hat. Sie ist eine Sachentscheidung und erfolgt auch dann, wenn über die Art der zu gewährenden Formel nicht der geringste Zweifel bestehen würde, wenn aber der Anspruch dem Prätor auch aus rein tatsächlichen Erwägungen, z. B. Bedingungsausfall, Befriedigung, Unmöglichkeit schon nicht begründet erscheint. Also nicht die Aktionsmässigkeit, sondern die Existenz des Anspruches, das materielle Recht wird hier geprüft und entschieden. Es lässt sich somit hier mit der Aktionsmässigkeit nichts ausrichten, sondern man müsste dann schon wieder zu dem alten Inventurstück der Klagbarkeit greifen. Diese steht und fällt aber mit der Entscheidung, ob der Prätor lediglich aus dem formellen Grunde, weil keine Formel proponiert war, den Rechtsschutz verweigern durfte. Durfte er das nicht, wie m. E. anzunehmen, so ergibt sich, dass auch in Rom alle materiellen Rechte klagbar waren und dass sich das Verfahren in iure nicht um die Klagbarkeit, sondern lediglich um die Verhandlungswürdigkeit drehte.

Nun könnte immer noch der Einwand gemacht werden, dass das denegare actionem eben ein weiterer Begriff wie das dare actionem sei. Wenn auch die Aktionsmässigkeit nicht den einzigen Inhalt der Denegationsprüfung bilde, so sei sie doch immer darin eingeschlossen. Das wäre aber, glaube ich, nur ein Scheineinwand. Denn die für die Aktionsmässigkeit entscheidende Frage ist immer die, ob der Prätor wegen des Fehlens einer Formel die Actio versagen durfte. War das nicht der Fall, so kann natürlich nicht die Aktionsmässigkeit oder, besser gesagt, die Formelmässigkeit

14) Vgl. oben § 5, § 6, § 7.

eine zu prüfende Voraussetzung gewesen sein. Die nötige Untersuchung der materiellrechtlichen Lage prüfte keine Voraussetzung, sondern geschah lediglich in Rücksicht auf einen vom Prätor zu erfüllenden Zweck, nämlich die Formelgestaltung. Und wenn der Prätor auf dem Wege nach diesem Zweck plötzlich halt macht und denegiert, so geschieht das nicht, weil er keine Formel hätte finden können, sondern weil er die Einsicht erlangt hat, dass das behauptete materielle Recht nicht existiere und deshalb die Sache einer weiteren Verhandlung nicht würdig sei.

Wachs Ausführungen [15]) kommen ungefähr auf einen solchen Einwand heraus. Er legt sich die Sache anders zurecht. Er sieht als Gegenstand des Verfahrens in iure auch die Zulässigkeit des Prozesses über den geltend gemachten Rechtsschutzanspruch an. Es handle sich dort um die Beantwortung der Frage, ob zwischen diesem Kläger und Beklagten vor diesem Gericht, mit Beziehung auf diese Sache, Prozess, Sachverhandlung und Entscheidung eintreten soll. Das wäre keine Prüfung des Bülowschen Prozessrechtsverhältnisses, denn Wach beschränkt sich hier auf die drei alten „Faktoren" des Prozesses unter Hinweglassung einer Prüfung der causa movens, der Klage. Letztere war ja von Bülow als vierte Voraussetzung hinzugefügt worden, um einen diese Elemente vereinigenden Mittelpunkt zu schaffen, durch dessen allseitige Berührung und Gemeinsamkeit erst diese drei zusammenhanglose Dinge in Beziehungen, in ein Verhältnis gebracht, ihnen der juristische Geist eines Rechtsverhältnisses eingehaucht würde. Wach verkennt nun nicht, dass sich das Verfahren in iure weder inhaltlich noch der Zweckbestimmung nach vollständig mit seinem allgemein theoretischen Gebilde des Vorverfahrens deckt, da es materiell unzweifelhaft bereits Verhandlung zur Sache gewesen sei. Auf der einen Seite ragt das dare actionem als Feststellung des status causae et controversiae und die Streitbegründung hervor, auf der anderen Seite soll zwar in iure nicht über die Sache, sondern nur über die Zulässigkeit der Sachentscheidung geurteilt worden sein, aber die auf liquide materielle Verteidigungsgründe gestützte denegatio sei doch tatsächlich Sachentscheidung gewesen. Wozu dann aber dieses Spannen eines lebenden Organismusses auf das Prokrustesbett einer Theorie? Es ist jedoch nicht bloss eine unfruchtbare Speku-

15) Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I S. 25 ff.

lation, sondern es ist auch unrichtig. Denn die Voraussetzung, von der ausgegangenen wird, ist die, dass nur das iudicium Prozess sei und dass für die Römer zu dem Begriff des Civilprozesses die Rechtskraft gehört habe. Das ist aber nicht der Fall. Die Denegatio ist Sachentscheidung und das Verfahren bis zu ihr ist auch Prozess, also kann sie nicht erst über die Zulässigkeit des Prozesses entschieden haben. Wollte man aber ausweichen und sagen, sie entscheide nur über die Zulässigkeit des weiteren Prozesses, so würde man darin kein Abheben dieser sogen. Prozessvoraussetzungen sehen können, da sie auch über materielles Recht entscheidet, und beides in dem Begriff der „Unwürdigkeit zur weiteren Verhandlung“ aufgeht. Ich verkenne nicht, dass auch damit der Streit für die allgemeine Prozesstheorie noch nicht erledigt ist. Dieser kann hier auch nicht zu Ende geführt werden. Hier kommt es mir nur darauf an, zu zeigen, dass der Gegensatz von ius und iudicium weder als Beispiel noch als Lösung dieser Fragen verwendet werden kann. Denn die moderne Prozesstheorie ist meines Erachtens — ausgesprochen und unausgesprochen — auf das tiefste von unseren Vorstellungen, und auch falschen Vorstellungen vom römischen Prozess beeinflusst.

III. Sie entscheidet nicht über das Bestehen oder das Zulassen eines Rechtsschutzanspruches.

Nun soll nach Bekker[16]) die Actio auch noch ein publizistisches Recht gegen den Prätor sein auf „iudicium iudicem dari“, d. h. auf Gewährung von Judex und Formel und ein privates gegen den Beklagten auf Uebernahme des Judiciums. Diesem Gedanken ähnelt der spätere Wachsche Rechtsschutzanspruch.

Das Recht gegen den Prätor soll als publizistisches Recht direkt nicht durchzusetzen sein; auch wenn der Magistrat ohne Grund die Erfüllung weigern wollte, könne er doch nicht zum positiven Tun gezwungen werden. Von dem Vorhandensein eines solchen Rechtes kann aber nach den obigen Ausführungen nicht die Rede sein. Die Partei hat nach römischer Auffassung gar kein Recht auf Formelerteilung und Urteil des Judex. Sie

16) Vgl. z. B. Aktionen I S. 15, Ueberschau (siehe oben Anm. 9) S. 46 f. (S. 188 f).

hat nur ein Recht auf das ius dicere des Magistrates. Von einem publizistischen Recht könnte vielleicht gesprochen werden, wenn die Denegatio kein Rechtsakt, sondern ein Gewaltakt des Prätors wäre. Das ist sie aber nicht, sondern sie ist, wie wir sahen, ein Prozessakt und wenn der Prätor ihn vornimmt, verletzt er kein Recht des Klägers, sondern er erfüllt seine Pflicht und er gibt dem Kläger alles, worauf dieser Anspruch hat, nämlich auf das ius dicere, und das erfüllt er, wie gezeigt, auch schon durch das denegare.

Aus demselben Grunde hat der Kläger auch gegen den Beklagten kein Recht auf das accipere des iudicium, wenigstens nicht in dem Bekkerschen Sinne. Wenn der Beklagte der in ius vocatio folgt, hat er genug getan, und es ist sogar noch fraglich, ob sich das, trotz manus iniectio, als eine Pflicht bezeichnen lässt. Eine Bereiterklärung zum iudicium accipere ist aber völlig belangslos, da der Prätor dadurch nicht gezwungen werden kann, eine Actio zu geben.

Es bleibt somit von ihrem Inhalt an subjektivem Recht für die Actio hier nichts übrig. Damit komme ich auf dem Wege der Denegatio zu einer vollkommenen Bestätigung der Ansicht Wlassaks[17]. Sie ist in ihrer prozessualen Bedeutung lediglich das Prozessmittel, die Prozessformel[18]. Im übrigen ist sie materiellrechtlich als subjektives Recht dasselbe, was wir heute Anspruch nennen[19].

Anders stellt sich Wach zu dieser Frage[20]. In vorsichtiger und konsequenter Weise überträgt er seinen für das moderne Recht behaupteten Rechtsschutzanspruch auf den römischen Prozess. Das dare und denegare actionem ist ihm nicht Bejahen und Verneinen des Rechtsschutzanspruches, sondern das dare ist Zulassen und denegare ist Nichtzulassen desselben. Auch dem

17) Wlassak, Artikel „actio" in Pauly-Wissowas Real-Encyklopädie.

18) Darüber, dass in den Quellen für formula später actio interpoliert worden ist, vgl. Wlassak, Edikt S. 59, und die dort Zitierten. Auf Grund des Durcharbeitens (in continuo) sämtlicher von dare actionem handelnden Stellen kann ich nur bestätigen, dass man sehr häufig den Eindruck einer solchen Interpolation hat. Ein genauerer Nachweis aller dieser Interpolationen wird aber stets unmöglich bleiben.

19) Die weitere Frage, ob sie bloss für den obligatorischen Anspruch gebraucht wird oder im weiteren Sinne, interessiert hier nicht. — Dieses Ergebnis ist also zugleich für und gegen Windscheid. Vgl. z. B. dessen Actio S. 3, Pandekten I § 44.

20) Wach, Handbuch I S. 26 f. Vgl. auch Feststellungsanspruch S. 20, S. 27 ff.

kann ich nicht beipflichten. Denn der Rechtsschutz liegt eben für die Römer nicht in dem Gewähren der Formel und des Urteils des Richters. Schon wenn dem Kläger die Actio denegiert ist, hat der Prätor das „ius dicit" erfüllt. Der Rechtsschutz liegt schon in dem audire durch den Prätor. Also die Actio als subjektives Recht ist jedenfalls nicht ein Rechtsschutzanspruch. Auch wenn man hier, um in dem uns geläufigen Vorstellungskreise bleiben zu können, die Gewährung des iudicium als den ordentlichen Rechtsschutz bezeichnet[21]), wird das nicht anders, denn die Actio-Formel ändert dadurch selbstverständlich nicht ihre Natur eines Nichtrechtes. Wenn man also einen Rechtsschutzanspruch für das römische Recht annehmen will, so kann man das nur in demselben ganz allgemeinen Sinne tun, in dem man diesen Begriff — dessen wissenschaftliche Existenzberechtigung hier nicht untersucht werden kann — in die moderne Rechtswissenschaft einführen will. Aber ein Beweis für das historische Bestandenhaben eines Rechtsschutzanspruches als eines subjektiv öffentlichen Rechtes lässt sich aus dem römischen Prozess nicht erbringen.

IV. Gründe zur Einführung und Gestaltung der Denegatio.

Sehen wir von solchen spekulativen Erwägungen ab und betrachten wir das Denegationsrecht nüchtern in seinem vollen Umfange, so lässt sich gar nicht daran zweifeln, dass es zur Prüfung der weiteren Verhandlungswürdigkeit der Sache dient. Es fragt sich dann aber weiter, was die Römer bewogen haben mag, dieses Institut in ihren Prozess aufzunehmen[22]) und es nicht mit Rechtskraft zu versehen.

Die Aufnahme in den Prozess scheint mir deswegen erfolgt zu sein, weil die Römer keine Gerichtskosten und Sporteln kannten[23]). Das hätte zu einer Unmasse leichtfertiger und chikanöser Prozesse führen müssen. Denn die Prozesskosten sind zwar ein schlechtes, und bei Vorhandensein des Armenrechtes ganz versagendes Mittel, die Führung solcher Prozesse zu ver-

21) Vgl. oben S. 3, S. 129. Auf S. 3 sind zwei Fehler zu verbessern. Zeile 8 von oben muss es statt „zweifellos nicht" heissen „nicht zweifellos" und Zeile 17 ist anstatt „war" zu lesen „wäre".

22) Dass dies erst im Formularprozess geschehen sei, soll damit nicht gesagt sein. Die Frage der Denegatio im Legisaktionenprozess lasse ich offen.

23) Vgl. darüber mein „Armenrecht" (Jena, Gustav Fischer), 1900, § 2 S. 4—14.

hüten, aber immerhin ist ihnen doch nicht jeder Einfluss abzusprechen. Dagegen die vollständige Unentgeltlichkeit der Rechtspflege hätte bei den Römern ganz allgemein die Missbräuche zeitigen müssen, die die modernen Gesetzgebungen bei ihrem Ausnahmsfall der Unentgeltlichkeit, beim Gewähren des Armenrechtes, zu beklagen haben. Wie ich schon im „Armenrecht" sagte [24]), ist die Prozesssucht der Menschen eine Tatsache, mit der jede Prozesspolitik rechnen muss. Es ist auch nicht immer Böswilligkeit, die zu ungerechtem Klagen und Bestreiten verleitet, sondern häufig führen Leidenschaft und Mangel an Ueberlegung dazu, dass die Menschen die Sachlage nicht klar überschauen und sich in einseitige Auffassungen verrennen. Das grössere Rechtsgefühl, dass die Römer unstreitig uns gegenüber besessen haben und aut das man hier und da anspielt, hat aber das Aufkommen solcher Missbräuche nicht verhindern können. So gross und ideal war es doch nicht.

Ich glaubte früher, dass die Römer durch ihre Prozessstrafen, Kalumnieneid, Interrogationen, Stipulationen u. dgl. solche Missstände verhütet hätten. Zweifellos haben diese auch zu ihrer Eindämmung viel beigetragen. Aber sie genügten den Römern noch nicht, vielleicht weil sie, trotz ihres teilweise materiellen, den Geldbeutel der Partei treffenden Inhaltes, in ihrer Wirkung auf die Prozessführung doch nur von formaler Natur waren. Wer sie riskieren konnte, der konnte auch prozessieren. Darum mögen die Römer zu der materiellen Vorprüfung mit eventueller materieller Sachentscheidung gekommen sein. Das ist keine aus modernen Anschauungen in das römische Prozessrecht hineingetragene Vermutung. Die Römer waren sich selbst über diese Wirkung und Bedeutung der Denegatio vollständig im klaren. Das beweisen ihre Aussprüche von einer Pflicht, einem officium des Prätors zu denegieren, insbesondere der klare Ausspruch Julians l. 21 D. 12, 1 (S. 69, 72):

cum ad officium eius pertineat lites deminuere.

Dass die Römer der Denegatio keine Rechtskraft verliehen, erklärt sich einmal aus der Natur der Sache. Sie waren sich bewusst, dass bei solchen Vorprüfungen leicht etwas übersehen werden kann, darum sollte die auctoritas rei judicatae vermieden werden. Vielleicht hat auch ihre historische Anschauung über

---

24) S. 3, S. 169.

das Verhältnis von ius und imperium mitgewirkt. So wenig wie der Prätor legislativ ius schaffen konnte, sondern dies nur aus dem Volksgesetz entstand, so wenig wird seinem sententia ursprünglich das „ius ex sententia iudicis fieri“ zugebilligt gewesen sondern diese Kraft dem Spruch des civis vorbehalten gewesen sein. Aber damit darf man nicht den Gedanken identifizieren, dass sie eine scharfe Unterscheidung zwischen Justizverfahren und Verwaltungsverfahren hätte durchführen wollen und dass sie dem einzelnen Bürger ein Recht zugesprochen hätten, sein ius immer nur von einem civis geprüft zu sehen. „Ius facere, Recht schaffen“ kann der Prätor nicht, aber „ius dicere, Recht weisen“ kann er! Nicht ihrer Beschäftigung, sondern nur ihrer Wirkung nach unterscheiden sich Prätor und Judex, Verfahren in iure und in iudicio[25]. Rechtsprüfung haben beide, Rechtsschaffung der Judex allein. Der Civilprozess ist zur Austragung von Civilrechtsstreiten da. Aber die Bestandteile, aus denen Civilprozess und Civilrecht sich zusammensetzen, sind nicht die gleichen. Ius schafft nur die lex, aber im Prozess, im iudicium legitimum kann auch prätorisches Recht geltend gemacht werden. Ius, res iudicata schafft nur der Judex, aber auch der Prätor kann im Prozess entscheiden. Ius, res iudicata entsteht auch aus dem Urteil über eine prätorische Klage im iudicium legitimum, dagegen im iudicium imperio continens trotz actio civilis keine res iudicata, kein ius. So sehen wir auf der ganzen Linie eine scharfe Trennung von Civilrecht und Prozess, die meines Erachtens auch ergibt, dass den Römern die Vorstellung von irgend einem logischen Bindeglied, einer Brücke zwischen Privatrecht und Rechtsschutz wie Klagrecht, Klagbarkeit, Rechtsschutzanspruch u. s. w. gänzlich abging[26].

---

25) Daher sagt Cicero, orator. part. 18, 99—100:

Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut, sitne actio illi, qui agit, aut iamne sit aut num iam esse desierit, aut illane lege, hisne verbis sit actio, quaeritur. Quae etiam si ante, quam res in iudicium venit, aut concertata, aut diiudicata, aut confecta non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe habent pondus, cum ita dicitur: Plus petisti etc. . . . Quare . . . quamquam in ipsum iudicium saepe delabantur, tamen ante iudicium tractanda videantur, paullulum ea separo a iudiciis, tempore magis agendi quam dissimilitudine generis.

Man darf nicht immer, wie es gewöhnlich geschieht, bloss den Anfang dieser Stelle zitieren.

26) Vgl. Wach, Feststellungsanspruch S. 27 „Im Rechtsschutzanspruch ist die Brücke geschlagen vom Privatrecht zum Prozess“, S. 15 „der Schlüssel, welcher uns

V. Wirkung der Denegatio: Der praktische Schwerpunkt des römischen Prozesses lag im Verfahren in iure.

Die praktische Wirkung des Denegationsrechtes muss eine ganz vorzügliche gewesen sein. Durch dieses Recht wurde herbeigeführt, dass nicht bloss der juristische (infolge der Formelgestaltung), sondern auch der praktische Schwerpunkt des Verfahrens in die Verhandlung vor dem Prätor gelegt wurde. Alle sogen. einfachen Prozesssachen und auch die nicht mit ganz grosser Raffinerie angelegten chikanösen und faulen Prozesse wurden schon in ihm erledigt, und wurde der Gegner nicht weiter mit dem schleppenden Gange des iudiciums und den Gefährlichkeiten der Laienprüfung und Laienrechtsprechung behelligt. Theoretisch war zwar die Wiederholung des Prozesses apud sequentem praetorem zulässig. Aber im zweiten Prozess wird sich der Prätor die Klage, die schon einmal denegiert war, noch besonders genau angesehen haben. Und in den meisten Fällen wird sich die Partei der Autorität dieses ersten Spruches genau so gefügt haben, wie sie bei uns sich mit dem Spruch erster Instanz in der Regel zufrieden gibt. Ausserdem wirkte inzwischen die Verjährung. Die grosse Masse der denegierten Klagen verschwand definitiv mit ihrer Denegation.

Erst bei richtiger Würdigung dieses umfassenden Denegationsrechtes gewinnen dann auch andere Institute des römischen Civilprozesses ihre richtige praktische Beleuchtung. Ich meine die Prozessstrafen, die sponsio et restipulatio tertiae partis, die Interrogationes in iure[27]) und die praetoriae stipulationes, die alle auf das Verfahren in iure beschränkt waren. Welch scharfe Mittel waren in ihnen dem Prätor gegeben, um ohne umständliche Beweisaufnahmen zur Klarheit und damit wieder zur Denegation zu kommen! Welche Partei wird gewagt haben, eine „faule“ Behauptung aufrecht zu erhalten, wenn sie zur Stipulation gezwungen und ihr damit in dem ersehnten iudicium nicht bloss

---

das Grenzgebiet zwischen Civilrecht und Prozess und das System der Rechtsschutzmittel eröffnet.“

27) Die herkömmliche Ansicht, dass sie nur zwecks Feststellung der Aktiv- und Passivlegitimation zulässig gewesen wären, erscheint mir bei dem Ausspruch Ulpians l. 21 D. 11, 1: „ubicunque iudicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem dubium non est“, nicht voll gesichert. Es mögen das nur die praktisch häufigsten Fälle gewesen sein, weil bei ihnen die definitive Feststellung der Tatsache am folgenreichsten ist. Vgl. über sie Lenel, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 33 1899) S. 1 ff.

Prozessverlust, sondern dazu noch ein vom Ausgang des Prozesses unabhängiger, lediglich an die Wahrheit oder Unwahrheit der einzelnen Behauptung geknüpfte Geldverlust in Aussicht stand? Wie unendlich viel nicht ganz einfache, aber dadurch einfach gemachte Prozesse werden infolge dieser Mittel noch weiter schon in iure verschwunden sein! Der praktische Schwerpunkt des römischen Prozesses liegt im Verfahren in iure!

Ferner! Der Judex schafft mit seiner sententia zwar unabänderliches ius. Aber die Zwangsvollstreckung geht wieder an den Prätor zurück. Die „Vollstreckungsklausel", die actio iudicati hat er zu erteilen und er kann sie wie jede andere (S. 116) verweigern. Damit hatte er die Kontrolle über den Geschworenen nnd diesen vollständig in der Hand. Hatte eine Partei oder Anwalt — ein Fall, der sich mitunter ereignen soll — den Laienrichter düpiert und dieser einen Fehlspruch getan, so verweigerte wiederum der Prätor die actio. Auch hier liegt der praktische Schwerpunkt des Prozesses in iure!

Von unserem modernen Montesquieuschen Standpunkte aus betrachtet, ist es eine geradezu ungeheuere Machtfülle, die das römische Volk seinem Prätor übertragen hat. Wie legislativ, so hat es sich ihm auch prozessual geradezu machtlos in die Hand gegeben. Das erkennt Cicero in seinem Ausspruch de legibus III, c. 20, § 46

> Legum custodiam nullam habemus. Itaque hae leges sunt, quas apparitores nostri volunt

ganz klar. Die Verantwortlichkeit nach Ablauf des Amtsjahres erinnert doch im grossen und ganzen an unsere Ministerverantwortlichkeit. Es heisst viel, wenn ein Volk einem Beamten nicht bloss sein geschriebenes Recht, sondern auch sein subjektives Recht ganz ausliefert. Vergewaltigungen des letzteren werden viel unmittelbarer empfunden, wie solche des ersteren. Meines Erachtens ist es ein glänzendes Beispiel für den Staatssinn der Römer. Denn wie lebendig muss in jedem einzelnen Staatsbürger die Ueberzeugung gewesen sein, dass jeder das Wohl der Allgemeinheit im Auge haben müsse, wenn sie einem unter ihnen eine solche schrankenlose Macht übertragen und dadurch bezeugen konnten, dass sie in ihm die gleiche Anschauung[28])

---

28) Dass er folgen werde den „mens et animus et consilium et sententia civitatis posita .. in legibus", dass er nur „lex loquens" (Cicero pro Cluentio 53 § 146, 147) sein werde, dass sie nicht „legem se promulgaturum, . . . non ipsos libidinem ac

voraussetzten. Nur wer selbst Vertrauen verdient, kann solches Vertrauen schenken! Unsere Entwickelung ist bisher nicht diesen Weg gegangen.

Man könnte nun in dieser Schilderung des Verfahrens in iure zuviel ideale Theorie sehen und ihr den Realismus der Tatsachen entgegenhalten wollen. Die herkömmliche Annahme, dass der Schwerpunkt des römischen Verfahrens in iudicio lag, sei doch richtig, denn es sei nicht denkbar, dass die zwei Prätoren diese Unmasse von Prozessen hätten abarbeiten können. Das Verfahren in iure könne nur eine hastige, den Tatbestand nicht erschöpfende, lediglich eine rasche Wahl der Formel bezweckende kurze Verhandlung gewesen sein[29]).

Dem ist aber nicht so. Einmal widersprechen die vielen einzelnen Rechte des Prätors, die er in iure ausüben kann, wie Auferlegung von Kalumnieneiden, von sponsiones, interrogationes, stipulationes u. s. w. Ebenso Parteirechte wie Zuschiebung des Eides u. dgl. Sie setzen alle eine Prüfung des Tatbestandes voraus. Dass sie lediglich auf dem Papier gestanden haben, lässt sich nicht annehmen. Die Quellen reden von ihnen genugsam und der Prätor ist auch nach seiner historischen Erscheinung nicht der Mann, der Rechte, die er hat, nicht gebraucht.

Ferner beachtet man dabei nicht die Verteilung der Zuständigkeiten unter die römischen Gerichte und Magistrate. Der Praetor urbanus und der Praetor peregrinus bildeten allerdings den Mittelpunkt. Aber neben ihnen haben wir das Centumviralgericht mit näher nicht bekannter Zuständigkeit in Vindikations- und Testamentssachen, das Decemviralgericht für Freiheitsprozesse, später die praetores fideicommissarii und andere. Vor allem aber haben die Aedilen als Kompetenz alle Kaufsachen nach Ulp. l. 1 pr. D. de aedilicio edicto 21, 1.

> Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes.

Sie sind also nicht bloss auf die Marktgerichtsbarkeit beschränkt[30]).

licentiam suam pro lege habituros" (Livius 3 c. 9). Vgl. Wlassak, Prozessgesetze I, Einleitung. II. S. 102.

29) Vgl. Bekker, Ueberschau (oben Anm. 9) S. 47 (S. 189).

30) A. M. Kniep, Praescriptio und Pactum S. 163 ff. Eine Interpolation scheint mir nicht sicher oder jedenfalls für die Hauptfrage „Kompetenz für den ganzen Kauf" ohne Bedeutung.

M. E. hat sich die Vorstellung, dass sie lediglich Marktgerichtsbarkeit hatten, allmählich eingeschlichen, weil ihr Amt griechisch mit *ἀγορανομία* übersetzt ist. Das kann aber daher kommen, dass die Marktgerichtsbarkeit bei ihnen das Hervortretendste ist und deshalb, pars pro toto, ihr Amt von den Griechen mit dem Namen eines griechischen analogen Amtes, das lediglich Marktgerichtsbarkeit hatte, belegt wurde. Natürlich überwog im Altertum der Marktkauf den Haus- oder Ladenkauf bei weitem. Waren die Aedilen für den Kauf zuständig, so war ihre Prozesspraxis grösser wie die der Prätoren. Denn wenn man heutzutage unsere Gerichtspraxis nach eigener Anschauung einschätzt — eine Statistik hierüber gibt es ja nicht — so wird man wohl eher zu niedrig greifen, wenn man die Kaufsachen auf mindestens die Hälfte aller Prozesse veranschlagt. Die Anerkenntnis- und Versäumnisurteile rekrutieren sich fast ausschliesslich aus ihnen. Im Altertum muss das Ueberwiegen der Kaufprozesse noch viel stärker gewesen sein. Denn wichtige Gebiete der modernen Entwickelung, wie Versicherungs- und Urheberrecht, fallen fort und Klagen aus Dienst-, Arbeits- und Werkverträgen werden bei dem Sklavenwesen und der damit mehr hervortretenden Naturalwirtschaft nur einen Bruchteil der Prozesse, die bei uns aus diesen Gebieten stammen, ausgemacht haben. Auch denke man an die Verschiedenheit der sozialen Verhältnisse auf dem Gebiete des Mietsrechtes. Nach alledem lässt sich aus dem Umfang der Zuständigkeit ein Bedenken gegen die Tätigkeit des Prätors in iure nicht hernehmen.

Aber auch durch die Formalgeschäfte des Civilrechtes wurde die Zahl der Streitigkeiten zurückgedrängt oder ihre Prüfung erleichtert. Hier spielt die stipulatio, das Hauptvehikel des Geschäftsverkehrs, aus dem doch die meisten Prozesse zu stammen pflegen, eine grosse Rolle. Auch Mitteis[31]) will sie als „prozessualisches Gelöbnis" in eine Verbindung mit dem Prozess bringen, hat aber bisher seine Ansicht noch nicht dargelegt. Nach einer in unserer Wissenschaft vertretenen Richtung könnte jemand die Stipulation in analoger Weise wie das Sacramentum dahin erklären wollen, dass durch ihren sakralen Abschluss (sponsio) Rechte oder Vereinbarungen, die nach der damaligen Rechtsentwickelung noch nicht als Rechte anerkannt gewesen seien, prozessfähig geworden

31) Mitteis in Zeitschrift für Rechtsgeschichte 35 (1901) S. 103.

seien. Ich kann mich mit der Ansicht, dass ein Volk wie die Römer jemals Verkehrsrechte gehabt habe, die nicht als solche schon rechtsschutzfähig waren, sondern eines Umweges über sakrale Dinge bedurften, nicht befreunden. Meines Erachtens gehört eine starke Vorliebe für Sakralrecht dazu, den Römern zuzumuten, dass sie im Sakramentsprozess stets erst die Leistung eines Meineides oder Falscheides verlangt hätten, ehe sie auf den einfachen Gedanken des Rechtsschutzes gekommen wären. Ebensowenig glaube ich, dass die Stipulatio als sakraler Akt erfunden worden ist, um eine Obligation klagbar zu machen. Sie mag eine notwendige Formvorschrift oder notwendige äussere Erscheinungsform für Obligationen gewesen sein, aber nur weil ihre Bedeutung für das Verkehrsleben darin liegt, dass sich durch ihre Vornahme die Vorbedingungen und Verhandlungen der Parteien klar von dem ernstlich gemeinten definitiven Vertragsabschluss abheben [32]). Insofern war sie für den Abschluss von Geschäften nicht bloss von klärender, sondern auch von warnender, erzieherischer Bedeutung und von grösster praktischer Wichtigkeit für den Prozess. Sie enthob den Kläger des schwierigen Nachweises, dass ein Konsens zustande gekommen sei und gab zugleich — decem dare spondes? — den Anspruch an. Sie machte den Beklagten zwar nicht rechtlos, aber sie schob ihm jetzt die Last des Gegenbeweises zu. Somit hatte ihre genaue Fassung für beide Kontrahenten ihren Wert. Auf diese Weise Prozesse ganz zu vermeiden oder schnellsten Beweis zu schaffen, das mag der Gedanke bei ihrer Erschaffung gewesen sein! Es war somit ebenfalls das Verfahren in iure durch sie in den vielen Geschäftsprozessen erleichtert.

Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass durch die tatsächliche Uebung des Vadimonialverfahrens in Anwaltsprozessen — also in der Regel in schwierigeren Streitigkeiten — die Sachlage durch dieses aussergerichtliche Verhandeln, wie heute im französischen Prozess, schon bedeutend geklärt wurde, so dass auch bei seinem Vorhergehen der Prätor nicht selten schon zur Denegation gegriffen haben wird.

Nach alledem ist der Satz: „Der praktische Schwerpunkt des römischen Verfahrens lag in iure“, also keine ideale Theorie, sondern Realismus.

32) Aehnlich wie unser unjuristischer gefasstes, auch gebräuchliches „Handeinschlagen“ oder das „Also abgemacht? — Abgemacht!“

VI. Kritik der Denegatio.

Ihre Kritik hat sich die Denegatio dadurch, dass sie die Römer in ihren klassischen Prozess aufgenommen und beibehalten haben, selber geschrieben. Die historische Tatsache, dass sie daselbst gut funktioniert hat, lässt sich deshalb nicht bestreiten. Natürlich trägt eine solch souveräne Macht die Gefahr des Missbrauches in sich und man könnte sagen, dass eben römische Prätoren dazu gehörten, sie nicht zu missbrauchen. Tatsächlich sind uns auch so gut wie keine Klagen über Missbräuche, die mit ihr getrieben worden wären, überliefert. Schlechte Prätoren werden natürlich auch in Rom unterlaufen, sein und das klassisch gewordene Beispiel dafür ist Verres, obwohl wir auch bei den schweren Vorwürfen, die Cicero ihm entgegenschleudert, niemals ganz ausser acht lassen dürfen[33]), dass bei Cicero das Uebertreiben zum Handwerk gehört.

Einen eigentlichen civilprozessualen Denegationsfall berichtet uns Cicero aus der praetura urbana des Verres nicht und seine allgemeine Aeusserung II in Verrem 2, c. 16 § 39:

> quis vestrum non ex urbana iurisdictione cognovit? quis unquam isto praetore, Chelidone invita, lege agere potuit?

bezieht sich auf keinen bestimmten von ihm angegebenen Fall, sondern nur auf die ebenso allgemeinen Aeusserungea II in Verrem l. c. 46 § 120:

> redite in memoriam iudices, quae libido istius in iure dicundo fuerit, quae varietas decretorum etc.,

wie er ja überhaupt seiner Stadtprätur vor allem schlechte Edikte und varie ius dicere, Abweichungen vom Edikt, vorwirft. Diese Stellen (vergl. auch etwa I in Verrem c. 4 § 12, § 13) kommen also mehr als Beweis für die von Cicero scharf erkannte und rhetorisch geschickt verwendete Unbegrenztheit des prätorischen Imperiums in Betracht als für tatsächliches Missbrauchen der Denegation[34]).

In praxi waren also die Römer mit der Denegation zufrieden. Theoretisch ist natürlich ein absichtliches oder unabsichtliches Schädigen einer Partei bei ihr leichter denkbar wie

---

33) Insbesondere gilt dies für seine sog. zweite Rede gegen Verres, die er ja nicht gehalten, sondern nach Flucht des Verres ausgearbeitet hat.

34) Womit ich natürlich nicht eine Ehrenrettung des Verres unternehmen will!

beim Urteilsverfahren. Aber nicht etwa deshalb, weil das Urteil Rechtskraft gibt — denn im Gegenteil, dazu ist die Nichtrechtskraft der Denegatio gerade das Sicherheitsventil gegen eine Ueberspannung des Denegationsrechtes und als solches ein fein ersonnener Mechanismus, wenn man dagegen die plumpen, schweren summarischen Urteile späterer Prozesse hält — sondern lediglich deshalb, weil sie „tempore magis agendi, quam dissimilitudine generis"[35]) sich unterscheiden.

Will man ein von Zeit und Raum losgelöstes Urteil über sie fällen, so hängt dieses ganz davon ab, welchen Standpunkt man einnimmt. Soll das Recht und der Civilprozess in erster Linie der Allgemeinheit dienen, so empfiehlt sich die Denegatio durch ihre praktischen Vorzüge, insbesondere die Beschleunigung der Prozesse. Soll Recht und Prozess aber dem einzelnen Bürger einen möglichst gesicherten (nicht aber auch sicheren!) Schutz gegen Willkür und Unfähigkeit der Beamten und des Staates bieten, so wird man zu dem gründlicheren, aber auch schleppenderen Gang des Rechtskraftprozesses greifen. Ausser acht lassen darf man aber nicht, dass bei beiden die sie handhabende Persönlichkeit des Richters das Ausschlaggebende ist. Der Tüchtige wird die Denegation nicht missbrauchen, vor dem Untüchtigen rettet auch der ganze Prozess und die Rechtskraft nicht.

35) Cicero. Orat. part. c. 28 § 100, oben S. 147 Anm. 25.

§ 16.

Schluss.

IX. Blick auf die weiteren Schicksale der Denegatio.

Zum Schluss sei noch ein kurzer Blick auf die weiteren Geschicke der Denegatio geworfen.

Die Abhandlung beschäftigte sich nur mit der Denegatio im Formularprozess. Der Legisaktionenprozess wurde beiseite gelassen, weil die Lückenhaftigkeit der Quellen ein sicheres Forschen nicht gestattet. Wenn eine Vermutung geäussert werden darf, so scheint es mir, als ob sie auch dort zu finden sein wird.

Schwieriger gestaltet sich die Frage im Kognitionsprozess und im spätrömischen Prozess. Dass sie dort vorkommt, scheint mir sehr wahrscheinlich, auch in der eigenartigen Form, dass sie stets eine Sachentscheidung ohne Rechtskraft bleibt. Letzteres ist ihr Charakteristikum. Wo sie zum Urteil wird, hat sie ihre eigentliche Natur und vielleicht auch ihre Existenzberechtigung verloren.

Wann ist sie verschwunden? Hat hier das germanische Recht eingewirkt und die Vorliebe, die diesem für subjektiv öffentliche Rechte, für wirkliche Rechte des Bürgers gegen den Staat und gegen seine Beamten zugeschrieben wird? Der leitende Gedanke wäre dann gewesen, dass nicht der Urteiler über die Konzedierung des ganzen Prozesses zu entscheiden habe, sondern dass es ein Recht des Bürgers sei, stets den ganzen Prozess bis zum Urteil mit Rechtskraft verabreicht zu bekommen[1]).

---

1) Die Tatsache, dass wir im germanischen Prozess Richteramt und Urteileramt getrennt finden, erledigt nicht schon allein die Frage, wenn sie auch für ihre Verneinung spricht. Denn die Trennung der Funktionen zwischen Richter und Urteiler ist eine ganz andere wie zwischen Prätor und Judex. Die Frage geht auch für da germanische Recht dahin, ob dem Urteiler gegenüber ein Recht auf Gewährung des gesetzlichen Verfahrens in seinem ganzen Umfange zusteht oder ob dieser (nicht der Richter) ein denegationsähnliches Recht hat.

Im gemeinen Prozese taucht sie nur in verdorbener Form wieder auf. Durch erstes Dekret „die Klage findet nicht statt“ kann ohne Anhören des Beklagten die (bekanntlich schriftlich einzureichende) Klage ohne Rechtskraft zurückgewiesen werden, falls schon aus ihr selbst ihre Unbegründetheit sich ergiebt. Nebenher geht noch die „Abweisung angebrachtermassen“. Auch giebt es ein Urteil mit Rechtskraft, das nach gegenseitiger Verhandlung ergeht, wenn sich das Gericht nicht zur Erhebung der angebotenen Beweise und damit zum Erlass eines Relevanzbescheides entschliessen kann. Letzteres hat mit der Denegation so gut wie gar nichts mehr gemeinsam.

Den letzten, den Todesstoss, hat die Denegatio wohl erst von dem Ausbau der Montesquieu'schen Lehre erhalten. Ihr ist der Gedanke einer Sachentscheidung ohne Rechtskraft im Civilprozess ein Unding. Die ewige Justiz kann nur ewige, rechtskräftige Dinge schaffen. Alles andere ist Willkürrecht der Verwaltung. Und ferner muss dem Bürger auf dem Gebiete der Justiz sein Recht, sein Prozess, den einmal das Gesetz ihm gegeben hat, bis auf den letzten Tropfen werden. Denn diese Gesetze sind so ausgedacht, dass sie alle Willkür des Beamten so gut wie unmöglich machen sollen, und jedes Gestatten eines Einflusses des Beamten birgt die Gefahr der Vergewaltigung des Bürgers in seinem Rechte, das ihm und dem Staat heilig ist.

Diese Lehre hat historisch ihre Berechtigung gehabt und ist historisch von Segen gewesen. Sie hat unser Staatsleben von den Schlacken der Beamten- und Staatswillkür gereinigt und uns in eine bessere Zeit hinübergeführt. Aber dass sie sich nun als Gesetz und Recht forterben müsse von Geschlecht zu Geschlecht, ist damit nicht gesagt. Sie kann zur schädlichsten Prinzipienreiterei werden und verdient dann von dem Wechsel aller Dinge fortgeschwemmt zu werden, denn sie ist keine ewige Wahrheit.

Unser deutscher Reichscivilprozess ist unter ihrem Einfluss entstanden[2]. — In ihm ist der Richter im weitesten Masse zum willenlosen Werkzeug der Partei degradiert. Die Partei hat ein unveräusserliches Recht auf öffentliche Verhandlung, Urteil, Rechtskraft. Bei Einreichung ihrer Klage darf der Richter

---

2) Wie der französische Prozess, dessen gute praktische Seite, die aussergerichtliche Parteivorverhandlung, wir aber nicht übernommen haben. Letztere hat einen Vorgänger im römischen Vadimonialverfahren. Ob über den spätrömischen und kanonischen Prozess eine Verbindung zwischen beiden bestanden hat? — Eine Denegatio kennt der französische Prozess natürlich nicht. Vgl. code civil, art. 4 oben S. 1.

nur deren Formerfüllung (§ 253 C. P. O.) prüfen, nicht aber das geringste Materiellrechtliche. Alles das darf er offiziell erst in der Verhandlung durch die Parteien erfahren. Bei Einreichung hat er nur seinen Termin auf die Klage zu setzen[3]). Es ist bekannt, dass gerade der zur Sicherheit des Bürgers dem Prozess gegebene, fest geregelte, die Beweglichkeit des Richters einengende Gang des Verfahrens heute als zu schwerfällig und zeitraubend von demselben Bürger empfunden wird. Darum schafft man jetzt Sondergerichte und Sonderverfahren, die unseren Verwaltungsgerichten und Verwaltungsverfahren genähert sind und wie diese leichter funktionieren. Aber an dem Punkte der Denegation hat man auch hier Halt gemacht[4]), denn z. B. der § 54 des Gesetzes über die Gewerbegerichte giebt dem Vorsitzenden das Recht, die Entscheidung sofort in dem Vortermin allein ohne Beisitzer zu erlassen, nur „wenn beide Parteien sie beantragen"[5]). Damit ist nur halbe Arbeit gemacht. Denn der wahre Grund, warum der Montesquieu'sche Sicherheitsprozess als drückend empfunden wird, ist der, dass die Sicherheit den, der am Verschleppen interessiert ist, bevorzugt und seinen Gegner, der gerade so gut Bürger ist, benachteiligt. Zu Gunsten des einen wird dem andern eine Last an Zeit, Kosten u. s. w. aufgebürdet. Die richtige Lösung aber ist, die Entscheidung über das Auferlegen dieser Last nicht, wie

3) Das führt zu Karrikaturen eines vernünftigen Verfahrens. Er darf die Klage z. B. nicht zurückweisen, wenn ein Kind, ein Entmündigter sie formgerecht einreicht, denn vor der Verhandlung darf er offiziell gar nicht wissen, dass es ein Kind, ein Entmündigter ist und ihm infolgedessen die Prozessfähigkeit abgeht. Nicht anders ist es, wenn er in der Klage liest, dass jemand 100 Mark einklagt, weil er im Auftrage des Beklagten dem X eine Ohrfeige gegeben hat. Ebenso ist es bei jeder anderen Leistung contra bonos mores. Bei Klage auf ein sacrilegium oder homicidium wäre es genau so. Wenn jemand aus einem Hazardspiel klagt trotz § 656 B. G. B., ist es genau so. Wenn jemand seinen Heiratsvermittlerlohn trotz § 762 B. G. B. einklagt, ist es ebenso und so fort. Nur bei § 1297 B. G. B.: „Aus einem Verlöbnis kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden", sehe ich jetzt in dem „nicht geklagt werden" eine Rettung. Danach ist das oben S. 74 Gesagte zu berichtigen. Es ist nur gut, dass im landgerichtlichen Verfahren die Klageschrift von einem Anwalt unterzeichnet sein muss und deshalb tatsächlich krasse Fälle sich nicht leicht ereignen werden. Der Amtsrichter aber und die Gegenpartei müssen sie über sich ergehen lassen. Wenn schon in diesen Fragen Prinzipien, wie Passivität des Gerichts und Trennung von Justiz und Verwaltung, geritten werden sollen, so sei es auch gestattet, solche Paradepferde vorzuführen.

4) Auch die österreichische Civilprozessordnung, die manches reformiert, insbesondere den sich bewährenden Vortermin § 239 eingeführt hat, kennt sie nicht.

5) Auch der Entwurf über die Kaufmannsgerichte übernimmt diesen Paragraphen.

jetzt, dem interessierten Gegner, sondern dem unparteiischen Richter zu geben, d. h. ihm freie Hand, ihm ein modern zweiseitig entwickeltes Denegationsrecht zu geben, wie wir es im Verwaltungsstreitverfahren mit seiner „Zurückweisung durch Bescheid“ und Bescheid zur „sofortigen Klaglosstellung“ haben.

Die Verquickung von Verwaltungsrecht und Justizrecht liegt im Zuge unserer Zeit und lässt sich nicht aufhalten. Materiell haben sie häufig dasselbe Objekt. In sehr vielen Fällen ist es einfach unerfindlich, warum die eine Sache vor die Verwaltungsgerichte, die andere vor die Civilgerichte gehört. Unerfindlich ist auch, warum dort gut sein soll, was man hier für schlecht hält. Von unserem alt werdenden Judicium legitimum, unserem ordentlichen Civilprozess, reissen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Sondergerichte einen grünen Ast nach dem anderen ab. Wenn es so weiter geht, versteinert er noch zu einem Centumviralprozess.

Der Gedanke, dass Verwaltung immer zugleich etwas von Vergewaltigung an sich haben müsse, lebt heutzutage nicht mehr im Volke, sondern nur bei einseitigen Civilisten und politischen Doktrinären. Unser Volk ist reif zu dem Vertrauen, auf dem Gebiete des Civilprozesses dem Richter eine grössere Aktivität zuzugestehen. Denn es ist durch die immer mehr um sich greifende Verwaltungsgerichtsbarkeit daran gewöhnt und sieht, dass dort auch ohne Rechtskraft Recht und nicht Unrecht gesprochen wird. Folgen wir darum dem Zuge der Zeit und propfen wir unserem Civilprozess aus dem Verwaltungsrecht die grünen Reiser des Vortermines — in dessen für den Civilprozess passender Ausgestaltung sich schon die österreichische Civilprozessordnung, § 239, ersichtlich wieder dem Verfahren in iure nähert — und die moderne zweiseitige Denegation auf. Politische Bedenken bestehen nicht, da gerade das Volk die Erleichterung fordert. Die Nichtrechtskraft beseitigt das Bedenken der Vergewaltigung. Und dass die Richter etwa einer solchen Prätorenaufgabe nicht würden genügen können, wäre angesichts des Emporblühens der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zu fürchten. Setzen wir die deutschen Richter nur in den Sattel, reiten werden sie schon können!

Quellenregister.

(Die fetten Zahlen bedeuten Seiten, auf denen die Quellenstellen ganz oder zum Teil abgedruckt sind.)

Digesten.

1. Buch.

2. Buch.

3. Buch.

4. Buch.

5. Buch.

6. Buch.

7. Buch.

9. Buch.

10. Buch.

11. Buch.

12. Buch.

13. Buch.

Collatio.

Consultatio

veteris cuiusdam iurisconsulti.

De Judiciis

fragmenta Berolinensia

Papyrus.

Berliner Griechische Urkunden

Lex Papiria

Tabulae Bantinae

Lex Acilia

Lex Agraria a. 643.

Lex Mamilia.

Lex Rubria.

Fragmentum Atestinum

Lex Julia municipalis.

Lex Ursonensis.

Lex Salpensana.

Cicero.

ExEdl
5/29/19

Ant. Kämpfe, Buchdruckerei, Jena.

VERLAG VON GUSTAV FISCHER IN JENA.

Danz, Dr. Erich, Oberlandesgerichtsrat und ord. Professor der Rechte in Jena, **Die Auslegung der Rechtsgeschäfte.** Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage. 1897. Preis: 6 Mark.

Hellwig, Dr. Konrad, Professor der Rechte an der Universität Berlin, **Anspruch und Klagrecht.** Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht. 1900. Preis: 13 Mark.

Litt. Centralblatt vom 23. Februar 1901:

. . . Es ist damit ein großes Stück Arbeit an der unbedingt nötigen Verbindung von Civilrecht und Civilprozeß geschaffen. Das Werk gehört zu den bedeutendsten Erscheinungen, die uns die Bearbeitung des BGB. gebracht hat.

Im Laufe des Jahres 1903 wird erscheinen die 9. Auflage von:

Heumann, Dr. H. G. [weil.] Appellationsgerichtsrat in Eisenach, **Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts.** Herausgegeben von Prof. Dr. E. Seckel.

Hold von Ferneck, Alexander, Doktor der Rechte in Wien, **Die Rechtswidrigkeit.** Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. Erster Band: **Der Begriff der Rechtswidrigkeit.** 1903. Preis: 8 Mark.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. In Verbindung mit Dr. Joseph Unger, Präsidenten des Reichsgerichts in Wien, Dr. Otto Gierke, Geh. Justizrat und Prof. in Berlin, Dr. Emil Strohal, Prof. in Leipzig, Dr. Otto Fischer, Prof. in Breslau, herausgegeben von Dr. **Ferdinand Regelsberger** und Dr. **Victor Ehrenberg,** Professoren an der Universität Göttingen. Preis: pro Band 10 Mark. **Inhalt des VIII. Bandes:** Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaten. Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge. Isay, Herm., Dr., Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem B.G.B. Kisch, Wilh., Gerichtsassessor, Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Wolff, Martin, Dr., Der Mitbesitz nach dem Rechte des B.G.B. für das deutsche Reich. Oertmann, Paul, Dr., Das Besitzrecht des Ehemanns am eingebrachten Gute der Frau. Bernau, R., Dr., Die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. Regelsberger, Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen. Preuß, Hugo, Stellvertretung oder Organschaft.

Kindermann, Carl, Dr., Prof. an der Universität Heidelberg, **Zwang und Freiheit, ein Generalfaktor im Völkerleben.** (Zur organischen Güterverteilung III.) 1901. Preis: 7 Mark 50 Pf.

Kniep, Dr. Ferdinand, Professor der Rechte in Jena, **Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches** gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. 1900. Preis: 10 Mark.

Kohler, Dr. J. ordentl. Professor der Rechte an der Universität Berlin, **Pfandrechtliche Forschungen.** Preis: 7 Mark.

Ant. Kämpfe, Buchdruckerei, Jena.



